

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GABRIELA PALUDO CANTÚ**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE DETENTOS NO  
SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

**FLORIANÓPOLIS – SC**

**2017**

**GABRIELA PALUDO CANTÚ**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE DETENTOS NO  
SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam.

**FLORIANÓPOLIS – SC**

**2017**

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Deoneiva e Ivo, por me permitirem sair do ninho, em meio a tantas preocupações, e por regarem, com muito amor e todo apoio que podiam, a minha caminhada na realização do sonho de ser graduada pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Aos meus irmãos, Manuela e Giovani, por serem exemplo de força e dedicação; por estarem sempre dispostos a me ajudar, cada qual a sua maneira; e, especialmente, pelos anjinhos Valentina e Lucca, que chegaram ao longo desses 5 anos de graduação para iluminar nossa família. Eu não poderia ser mais feliz e grata por sermos nós.

Ao Gabriel, pelo amor e atenção dedicados durante o desenvolvimento deste trabalho, e, acima de tudo, por ser a minha melhor companhia, em qualquer situação!

Às minhas amigas de toda vida, Angélica, Karen, Karubla, Maiara e Priscila por estarem sempre por perto, mesmo que de longe. À Carol por compartilhar, com muita leveza, alegria e amizade, do meu dia-a-dia.

À Ana Lígia, Emanuela e Letícia por serem, desde o início, as melhores amigas que a UFSC poderia me dar. Sem vocês a minha jornada acadêmica e minha vida a partir dela não teriam a mesma graça, obrigada!

A toda a equipe do gabinete do Desembargador Ricardo Roesler, por me permitirem o primeiro contato com o tema desta pesquisa, mas, para além dela, por fazerem das minhas dúvidas verdadeiras aulas e por me permitem visualizar, enquanto equipe e profissionais, um pouco daquilo que pretendo ser um dia.

Ao meu orientador, Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, por despertar em suas aulas a sede de uma Administração Pública séria e comprometida, por embarcar nesta proposta de trabalho e pela leveza com que o conduziu até aqui.

Aos demais membros da minha banca, Professor Bernardo e Professora Luana, por serem queridas lembranças das tardes de EMAJ e dos bancos de aula. Em vocês estendo a gratidão por todos os professores que passaram seus ensinamentos com afinho e dedicação ao longo dessa jornada.

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar os termos em que se dá a responsabilização do Estado em decorrência da morte de detentos dentro do sistema carcerário brasileiro. Trata-se de tema que abarca a gênese de profundas discussões travadas no Direito Constitucional contemporâneo, qual seja: a responsabilidade civil do Estado por suas ações e omissões. Malgrado a adoção da teoria do risco administrativo, que impõe a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados pela Administração Pública a terceiros, remontar à Constituição Federal de 1946, remanesciam controversos os posicionamentos nas hipóteses em que os danos aos administrados fossem decorrentes não de ações dos agentes estatais, mas, sim, de suas omissões. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal resolveu a controvérsia mediante julgamento de Recurso Extraordinário afeto à repercussão geral (tema 592), no qual se fixou a tese de que: em caso de inobservância de dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, bem como nas hipóteses em que o Estado detivesse o efetivo poder de evitar o dano-morte, ele é responsável objetivamente pela ocorrência do infortúnio. A interpretação acerca dos moldes em que se dá a responsabilização estatal também assume caráter importante uma vez que é por meio dela que se faz possível a reparação, ou, ao menos, compensação ao dano-morte ocorrido.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil; Estado; Morte; Detentos; Jurisprudência.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>10</b>
2.1	BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
2.2	CONCEITO ATUAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
2.3	RESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
2.3.1	Ação e Omissão.....	15
2.3.2	Dano.....	16
2.3.3	Nexo causal.....	19
2.4	O SURGIMENTO DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	22
2.5	A ASCENSÃO HISTÓRICA DO DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO.....	24
2.5.1	Teoria da irresponsabilidade do Estado.....	24
2.5.2	Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado (civilista).....	26
2.5.3	Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado (publiscista) – Responsabilidade por falta de serviço.....	27
2.5.4	Teoria da responsabilidade objetiva do Estado.....	28
2.5.5	A teoria do risco (administrativo x integral) na responsabilidade objetiva do Estado.....	29
<b>3</b>	<b>AS CARACTERÍSTICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>32</b>
3.1	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – ANÁLISE A PARTIR DE UM CONCEITO HISTÓRICO.....	32
3.2	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE ATOS COMISSIVOS PRATICADOS POR SEUS AGENTES.....	35
3.3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE ATOS OMISSIVOS.....	37

3.4	RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS ILÍCITOS DA ADMINISTRAÇÃO..42
3.5	RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS DA ADMINISTRAÇÃO...44
3.6	NEXO CAUSAL E O AFASTAMENTO DESTES NAS HIPÓTESES DE EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....48
3.6.1	Caso fortuito ou força maior.....49
3.6.2	Culpa exclusiva da vítima.....50
3.6.3	Fato de terceiro.....51
4	<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE DETENTOS DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....53</b>
4.1	A VIOLAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS DETENTOS, O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS E A ASSUNÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO.....53
4.2	A EVOLUÇÃO DOS CRITÉRIOS DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL ESTATAL PELA MORTE DE DETENTOS DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....59
4.2.1	Breve histórico do posicionamento doutrinário acerca da omissão estatal como ensejadora da responsabilidade civil do Estado pelas mortes de detentos no sistema carcerário nacional.....60
4.2.2	Posicionamento conflitante na jurisprudência.....61
4.2.3	Critérios de responsabilização após julgamento de Recurso Extraordinário em repercussão geral no STF.....64
4.3	A INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS FAMILIARES DA VÍTIMA (VÍTIMAS POR RICOCHETE).....67
4.3.1	Indenização decorrente dos prejuízos patrimoniais.....67
4.3.2	Compensação decorrente dos prejuízos extrapatrimoniais (dano moral).....70
5	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....72</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, submetido ao curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, encontra suas bases teóricas no estudo do Direito Administrativo pátrio, com ênfase no instituto da responsabilidade civil do Estado, tendo como recorte principal a verificação dessa em decorrência da morte de detentos dentro do sistema carcerário nacional.

A responsabilidade civil do Estado é tema intrigante a ser estudado, afinal, em um Estado ideal, seria um tanto quanto difícil conceber que o grande gestor da sociedade - que tem em suas bases a obrigação de zelar por um bom funcionamento dos serviços públicos, da segurança, saúde e bem estar da população - falha na concretização de suas funções imputando danos à esfera juridicamente protegida de seus administrados. Todavia, o desequilíbrio nas relações entre Administração Pública e administrados se revela corriqueiro em nossa realidade social, em especial, no que toca ao sistema penitenciário nacional, no qual se vive era de recorrentes violações aos direitos fundamentais dos indivíduos entregues à custódia do Estado.

Desse modo, o estudo da intervenção do instituto da responsabilidade civil do Estado, que tem por objetivo mitigar as ocorrências danosas, é de fundamental importância na busca pelo reequilíbrio das relações avariadas entre Estado e particulares. Nesse contexto, revela-se como problema central deste trabalho a seguinte questão: Qual é a disciplina jurídica da responsabilidade civil do Estado pelas mortes de detentos no sistema carcerário brasileiro?

Em resposta provisória, a hipótese básica desenvolvida denota que a disciplina jurídica prevista na Constituição Federal de 1988 é a da responsabilidade objetiva do Estado, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 841.526.

Objetivando a condução de maneira coerente e comprometida com o problema deste trabalho, abordar-se-ão as seguintes variáveis:

1. Responsabilidade civil;
2. Responsabilidade civil do Estado;
3. Teoria do risco administrativo;
4. Omissão;

5. Garantia da integridade física e moral dos presos;
6. Morte de detentos;
7. Sistema carcerário;
8. Obrigação de indenizar;
9. Responsabilidade objetiva;
10. Parcelas indenizatórias.

Como objetivo geral do trabalho, pretende-se verificar qual a disciplina jurídica da responsabilidade civil do Estado perante a morte de detentos no sistema carcerário brasileiro e como o Estado é chamado a indenizar as vítimas do evento danoso. Desse modo, a fim de alcançar o objetivo proposto, desenvolver-se-ão os seguintes objetivos específicos:

1. Traçar o conceito atual de responsabilidade civil, bem como seus pressupostos gerais, a fim de adentrar na disciplina da responsabilidade civil do Estado e percorrer sua evolução histórica por meio de pesquisa desenvolvida com base na doutrina brasileira;
2. Realizar um estudo sobre a responsabilidade civil do Estado, no Brasil, e os critérios utilizados para viabilizar indenizações em virtude de danos decorrentes de atos comissivos e omissivos do Estado, bem como aqueles decorrentes de atos lícitos e ilícitos da administração, além de destacar as excludentes da responsabilidade civil do Estado;
3. Identificar a disciplina jurídica da responsabilidade civil estatal em virtude da morte de detentos dentro do sistema carcerário brasileiro, bem como as peculiaridades da reparação civil aos familiares da vítima.

No desenvolvimento deste trabalho serão adotados o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico. A técnica de pesquisa, por sua vez, consistirá na documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Quanto à estrutura do presente trabalho, dividir-se-á em três capítulos. No primeiro deles far-se-á, inicialmente, uma análise fundamentada no âmbito do Direito Civil, de modo a estabelecer as características gerais do instituto da responsabilidade civil. Abordar-se-á um breve histórico da disciplina a fim de estabelecer o caminho percorrido até o atingimento de seu conceito atual e dos pressupostos básicos para sua incidência. Na sequência, a análise recairá sobre a temática da responsabilidade civil do Estado, perquirindo-se acerca de seu



surgimento e ascensão histórica, de modo a prestigiar, em cada fase, as teorias desenvolvidas pela doutrina sobre o tema.

No segundo capítulo, verificar-se-á como as características do Estado, na qualidade de ente jurídico-político, determinam a incidência e as peculiaridades da responsabilização da Administração Pública. Observar-se-á, ainda, como o exercício das atividades estatais pode resultar em danos aos administrados, bem como as hipóteses em que se dá a exclusão da responsabilidade civil do Estado.

No terceiro capítulo abordar-se-á brevemente a situação de risco do sistema penitenciário no Brasil, no qual se verificam recorrentes violações aos direitos mais básicos dos detentos. Adentrando-se na questão das mortes decorrentes de um sistema carcerário comprometido, verificar-se-á como deve se proceder à indenização do Estado em virtude da quebra de seu dever jurídico de proteção à integridade física e moral dos detentos entregues à sua custódia, considerando-se o dever e o poder do Estado em evitar a aludida fatalidade. Verificar-se-á, enfim, quais as parcelas indenizatórias devidas às vítimas (por ricochete) do dano-morte.

Por fim, destaca-se que a aprovação deste trabalho monográfico não apresenta o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Programa de Graduação do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, às ideias e conclusões nele apresentadas.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Este capítulo é dedicado à análise do instituto da responsabilidade civil, para tanto, estabelecer-se-á uma breve digressão histórica acerca do tema, a fim de alcançar sua natureza jurídica, conceito atual, bem como pressupostos gerais de sua aplicação. Em seguida, o estudo recairá sobre a temática da responsabilidade civil do Estado, enaltecendo suas fases históricas características, bem como as teorias elaboradas através do tempo a fim de fundamentar e caracterizar sua aplicação.

### 2.1 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em tempos primórdios, não havia qualquer disciplina acerca da responsabilização de indivíduos por danos causados a outrem. Assim, as ofensas verificadas davam ensejo àquilo que recebeu o nome de vingança coletiva, isto é, em contrapartida à lesão sofrida por um indivíduo, seu grupo todo se unia contra o agressor. Tratava-se de espécie de “justiça pelas próprias mãos”, aceita e consagrada pelos costumes da época<sup>1</sup>.

O primeiro registro de critério estabelecido ao ressarcimento de danos deu-se com a Lei do Talião, a qual estabeleceu que houvesse simetria entre o dano sofrido pelo indivíduo lesado e a consequência a ser imposta ao agente causador<sup>2</sup>. Nesse momento, a reação caracterizava-se como vingança privada, de cunho individual, e traduzia-se nas máximas “*olho por olho, dente por dente*” e “*quem com ferro fere, com ferro será ferido*”<sup>3</sup>. Importante ressaltar, conforme destacou Carlos Roberto Gonçalves, que ainda não se cogitava a presença de culpa do agressor, bastando a simples ocorrência do dano para partir à vindita ou, um pouco mais tarde, à composição<sup>4</sup>.

Foi no ordenamento jurídico romano, com a Lei das XII Tábuas, que começou a surgir a tipificação das principais condutas ilícitas e propagar-se a ideia de composição. Timidamente, começou a surgir uma classificação dos delitos, que foram divididos entre públicos, os quais se verificavam por meio de atentados ao Estado (*perduellio*) e assassinato

---

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26.

<sup>2</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 81.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26-27.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

de homens livres (*parricidium*); e privados, quando relativos à ofensas contra os indivíduos e/ou seu patrimônio. À primeira classificação, o Estado romano aplicava penas públicas, que consistiam na morte do ofensor, em castigos corporais ou em multas em favor do Estado<sup>5</sup>. Em contrapartida aos delitos privados, por sua vez, tornou-se possível à vítima receber determinado valor em dinheiro, ou por meio de bens, ao invés de impor igual sofrimento ao agressor. Desse modo, aos poucos, a pena privada foi perdendo o caráter de punição e assumindo a ideia de reparação<sup>6</sup>.

Grande evolução deu-se por meio da Lei Aquília (*Lex Aquilia*), que concretizou a ideia de reparação pecuniária (responsabilidade civil) em virtude da ocorrência de dano, afastando-se ainda mais do caráter vingativo que outrora vigorava. Estabeleceu-se, então, que o patrimônio do ofensor deveria suportar os danos por ele provocados, para tanto, a verificação da culpa por parte daquele tornou-se elemento fundamental. Tem-se, desse modo, na Lei Aquília, o primeiro esboço de nossa responsabilidade civil extracontratual<sup>7</sup>.

Pode-se afirmar que a teoria da responsabilidade civil dos códigos modernos, para além das raízes do direito romano, também deve muito à doutrina francesa. Afinal, alcançou-se, na época da Revolução Francesa, uma diferenciação mais apurada entre os delitos civis e penais, o que culminou, com o Código Civil francês (1804), em uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva, qual seja: “Art. 1.382. *Qualquer fato do homem que cause a outrem um dano obriga aquele pela falta cometida a repará-lo*”<sup>8</sup>. Nesse contexto, a exigência de reparação afastou-se da restrição de incidência mediante casos específicos, viabilizando-se por meio do princípio geral de que há obrigação de reparar “*todos os danos que uma pessoa causa a outra por sua culpa*”<sup>9</sup>.

É de se destacar, outrossim, que, ainda sob a influência da doutrina francesa, deu-se o alargamento da incidência da responsabilidade civil para “*fora do princípio subjetivo da culpa*”<sup>10</sup>. Para Maria Helena Diniz<sup>11</sup>, justificou-se a expansão em virtude da insuficiência da concepção tradicional (teoria da culpa) em abonar todos os prejuízos suportados pela vítima

<sup>5</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense 1998, p. 2-3.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

<sup>8</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense 1998. p. 6.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28-29.

do evento danoso, justamente por “*obrigar a perquirição do elemento subjetivo na ação*”. Ademais, com a tecnização proveniente dos tempos modernos – que resultou na ampliação de perigos à vida humana – foi conquistando espaço a teoria do risco. Esta, calcada em uma análise objetiva, “*prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado*”.

Embora a responsabilidade civil objetiva faça-se presente no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a garantir maior proteção às vítimas e efetividade ao próprio instituto, impõe ressaltar que a teoria do risco não anulou o princípio geral de responsabilidade civil subjetiva. Em verdade, verifica-se que a culpa permanece como fundamento da responsabilidade civil no território nacional, como se denota da cláusula geral traduzida nos arts. 927, *caput*<sup>12</sup>, e 186<sup>13</sup> do Código Civil.

Verifica-se, pois, conforme destacou Diniz, que, ao lado da culpa, o risco constitui-se, também, como fundamento da responsabilidade civil<sup>14</sup>. Nesse sentido, Gonçalves asseverou que o legislador brasileiro instituiu a reparação civil de natureza objetiva, isto é, aquela que prescinde a análise da culpa, para casos especiais, que contam com previsão legal em outros dispositivos do código ou em leis esparsas<sup>15</sup>, bem como nas hipóteses em que a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por si só, risco aos direitos de outrem. É o que se retira do parágrafo único do art. 927, inovação adotada pelo ordenamento brasileiro por meio do Código Civil de 2002, *verbis*: *Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

Estabelecido o apanhado histórico da responsabilidade civil e apresentadas as bases desse instituto no direito nacional, é hora de partir à conceituação do termo e análise de sua configuração.

---

<sup>12</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>13</sup> Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29.

## 2.2 CONCEITO ATUAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo responsabilidade remete ao verbo latino *respondere*, que, por sua vez, tem origem na raiz latina *spondeo*, a qual significava, no direito romano, a obrigação contraída por um indivíduo, mediante contrato verbal firmado com outrem, bem como a promessa de seu cumprimento<sup>16</sup>. A ideia de obrigação, todavia, não fica restrita às relações entre particulares, destacando-se como ponto importante na vida em sociedade. Isso porque, a ordem jurídica estabelece uma série de deveres, aos quais estamos submetidos, a fim de regular uma vida equilibrada em meio aos grupos sociais. A máxima do direito romano *neminem laedere*<sup>17</sup>, apesar de antiga, traduz com eficiência uma aplicação ainda atual, qual seja, o “*dever geral de não prejudicar ninguém*”.

Nesse sentido, impende destacar a diferença entre obrigação e responsabilidade, afinal, a primeira é classificada como dever jurídico originário, à medida que a segunda está no plano do dever jurídico sucessivo, isso porque, verifica-se em decorrência da violação da primeira, conforme afirmou Sergio Cavalieri Filho<sup>18</sup>.

Acerca do conceito de responsabilidade civil, ponderou Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.<sup>19</sup>

Assim, pode-se afirmar que o instituto da responsabilidade civil exprime a busca de reparação de um dano gerado ante a violação de uma norma jurídica a todos imposta (responsabilidade civil extracontratual), ou mesmo a restauração do equilíbrio de uma relação jurídica avariada (responsabilidade civil contratual). São, de fato, muitas as hipóteses de condutas ensejadoras de danos, sendo, portanto, múltiplas também as espécies de responsabilização<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49.

<sup>17</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.

<sup>18</sup> Ibidem. p. 16.

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

<sup>20</sup> Ibidem. p. 19-20.

Acerca do tema, Diniz sintetizou o objetivo do instituto afirmando que ele visa “*garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o status quo ante*”<sup>21</sup>.

Verificados tanto o conceito quanto o objetivo do instituto da responsabilidade civil, passa-se à análise dos pressupostos necessários à sua incidência.

### 2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao traçar o desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, é possível observar as diferentes nuances que essa assumiu através do tempo. Isto é, partimos, em tempos remotos, de um esboço do que seria o instituto da responsabilidade civil, o qual, inicialmente, se caracterizava por meio da vingança coletiva, hipótese na qual a mera verificação de dano a um determinado indivíduo era suficiente para partir ao revide. Da fase de vingança coletiva, avançamos à vingança pessoal, esta caracterizada especialmente pela Lei do Talião. O passo seguinte, conquistado aos poucos, deu-se com a identificação dos principais delitos, e, a partir deles, a ideia de composição e de reparação pecuniária aos danos foi tomando lugar.

Estabelecida, efetivamente, a ideia de compensação, a comprovação da culpa do ofensor, que passou a suportar o dano causado por meio da diminuição de seu patrimônio, tornou-se fundamental. Não obstante, a evolução da própria sociedade, isto é, do sistema industrial, das atividades em massa e mesmo pelo intenso contato entre indivíduos, foi revelando precária a necessidade de comprovação da culpa do agente, tornando-se insuficiente, quando sozinha, para assegurar a plena compensação de danos. Assim, o risco da atividade foi assumindo espaço e revelando-se necessário para garantir uma responsabilização civil de caráter mais amplo, isto é, de caráter objetivo.

Nesse contexto, não se pode negar que a evolução traçada pelo instituto da responsabilidade civil, ao longo do tempo, foi responsável também por mudanças na aplicação desse. Imperiosa é, portanto, a análise dos pressupostos atualmente necessários à incidência da responsabilização civil, quais sejam, ação ou omissão, dano e nexo de causalidade<sup>22</sup>. Somente a partir desse estudo poderá se identificar quando resta caracterizado o

---

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

<sup>22</sup> *Ibidem*. p. 53-54.

dever de indenizar a outrem pelo dano sofrido em decorrência de uma conduta ou atividade desenvolvida.

### 2.3.1 Ação e Omissão

O fato gerador da responsabilidade advém de uma ação, que pode se configurar de modo comissivo ou omissivo. O primeiro, ato comissivo, caracteriza-se por meio de um comportamento positivo, isto é, de um fazer que ocasione dano a outrem. Trata-se, como observou Cavalieri Filho, da forma mais comum de exteriorização da conduta, que comumente resulta em violação ao dever geral de abstenção da prática de atos que possam lesar outrem<sup>23</sup>. De outro lado, no que tange à responsabilidade civil por omissão, posicionou-se Gonçalves:

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo.<sup>24</sup>

O fato é que a ação é pressuposto necessário tanto para a incidência de responsabilização civil de caráter subjetivo quanto naquela que se dá mediante critério objetivo, é o que expõe Diniz em sua obra:

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos.<sup>25</sup>

Quando a ação se efetiva sob a mácula da culpa, diz-se que a conduta do agente é ilícita porquanto “*contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito*”<sup>26</sup>. A responsabilidade civil subjetiva, portanto, é medida necessária quando, de acordo com o art. 186 do Código Civil de 2002, alguém, por ação ou omissão voluntária (hipótese de dolo), negligência ou

<sup>23</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 41.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

<sup>26</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.

imprudência (hipótese de culpa), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem. Do exposto, retira-se que quando ocorrido o ilícito e verificada a existência de dano a lei impõe ao agente causador o dever de reparação<sup>27</sup>.

Sobre o dever de reparar, também se manifestou Diniz:

Os bens do responsável pelo ato ilícito ficarão sujeitos à reparação do dano causado, e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação, mediante seus bens, de tal maneira que ao titular da ação de indenização caberá opção entre acionar apenas um ou todos ao mesmo tempo (RT, 432:88; AJ, 107:101; CC, arts. 928, parágrafo único, e 942, parágrafo único).<sup>28</sup>

Todavia, é importante ressaltar que haverá responsabilização somente quando o ato partir de agente com perfeita capacidade de entendimento. Desse modo, ainda que a ação ou omissão praticada seja contrária ao direito, se o agente desconhecer da ilicitude do fato, não restará configurado o ato ilícito, mas, sim, mera conduta antijurídica<sup>29</sup>. Nessa seara, também é de se considerar que a anuência da vítima, o exercício normal de um direito, a legítima defesa e o estado de necessidade também se configuram como hipóteses que afastam o dever de indenizar.

Por fim, para que ação ou omissão resulte em responsabilidade objetiva, isto é, que seja desnecessária a análise da culpa do agente, este deve desenvolver atividade que, por si só, seja potencial causadora de dano à vida, à saúde ou aos bens de outrem, conforme disciplina legal do parágrafo único do art. 927 do CC, bem como nas demais hipóteses que contarem com previsão legal. Diante dessas situações, então, basta que a vítima demonstre o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu (atividade de risco), para que aquele que a exerce seja chamado a indenizar<sup>30</sup>.

### 2.3.2 Dano

Pode-se afirmar que indenização sem a existência de dano seria uma atecnia contrária ao próprio objetivo fundamental da responsabilidade civil, qual seja, o de reparar o prejuízo

---

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 57.

<sup>29</sup> Ibidem. p. 58.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 71.



sofrido pela vítima, isto é, devolvê-la ao estado em que se encontrava antes da lesão que lhe fora imputada.

Nesse contexto, o dano revela-se como circunstância elementar para a configuração do dever de indenizar<sup>31</sup>, é o que se verifica da passagem de Cavalieri Filho: “*Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.*”<sup>32</sup>.

Assim, diante da premente necessidade de sua configuração, Diniz destacou, em sua obra, uma série de requisitos indispensáveis para que um dano seja considerado indenizável. Oportuna é a análise de cada um deles:

a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa: O primeiro requisito impõe que o dano seja suportado por um indivíduo (lesado), isto é, que tenha ocorrido efetivo prejuízo a bem jurídico tutelado, independente de sua natureza moral ou patrimonial<sup>33</sup>;

b) efetividade ou certeza do dano: trata do plano da realidade, isto é, não há que se considerar uma lesão de modo hipotético, é preciso que a ação lesiva implique em dano efetivo<sup>34</sup>;

c) causalidade: encadeamento necessário entre a conduta do lesante e o prejuízo decorrente dela. Cumpre destacar que o dano pode ser direto, quando oriundo imediatamente da ação, ou indireto, quando se constituir como consequência do prejuízo imputado ao lesado. Não se pode olvidar, ainda, que o nexo de causalidade, além de requisito para a verificação do dano, é pressuposto necessário ao próprio instituto da responsabilidade civil<sup>35</sup>, motivo pelo qual será abordado com maior profundidade no subtópico seguinte;

d) subsistência do dano: para se proceder à indenização, é preciso que o dano imputado ainda não tenha sido reparado pelo responsável, se o foi pela própria vítima ou por terceiro, subsiste o dever por parte do infrator, motivo pelo qual poderá ser chamado a responder<sup>36</sup>;

---

<sup>31</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense 1998. p. 37.

<sup>32</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 102.

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81.

<sup>34</sup> Ibidem. p. 82.

<sup>35</sup> Ibidem. p. 82-83.

<sup>36</sup> Ibidem. p. 83.

e) legitimidade: para pleitear a reparação, a vítima deve ser a titular do direito violado, ou, ao menos, ser beneficiária daquele que constar como titular<sup>37</sup>;

f) ausência de causas excludentes de responsabilidade: para que se possa auferir a indenização correspondente ao dano é preciso que este não se enquadre nas hipóteses previstas para o afastamento do dever de indenizar<sup>38</sup>.

Verificados, pois, os pontos destacados, a reparação do dano sofrido é medida que se impõe. Todavia, é de se considerar que em alguns casos a análise abordada é dispensável, é o que se verifica por meio da ressalva da autora Diniz:

É preciso não olvidar que há casos, principalmente na seara da responsabilidade contratual, em que a lei presume a existência de um dano exonerando o lesado do ônus de provar a sua ocorrência. Trata-se de casos em que a presunção absoluta de dano dispensa a alegação do prejuízo. Hipótese típica de dano presumido é a mora nas obrigações pecuniárias, em que o credor, ainda que se não alegue prejuízo, terá direito à indenização, ou melhor, aos juros moratórios (CC, arts. 404 e 407).<sup>39</sup>

Extraí-se, da passagem, a noção de dano presumido, que, embora se configure como exceção à regra de indubitabilidade do dano, é elemento admitido em trechos de nossa legislação civil<sup>40</sup> e jurisprudência<sup>41</sup>. Entende-se, nesses casos, que a mera ocorrência de determinado fato já basta para a configuração do dano, bastando que se comprove, portanto, a realização da ação ou omissão do agente para que seja possível pleitear indenização correspondente.

Neste sentido, cumpre ainda destacar, conforme o fez Cavalieri Filho<sup>42</sup> sob o enfoque dos danos de natureza extrapatrimonial, que a configuração *in re ipsa*, isto é, que deriva do próprio fato ofensivo, somente é possível quando este for potencialmente capaz de causar dano.

<sup>37</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83.

<sup>38</sup> *Ibidem*. p. 83.

<sup>39</sup> *Ibidem*. p. 78.

<sup>40</sup> Arts. 416, 773 e 940 do Código Civil de 2002.

<sup>41</sup> No âmbito do Superior Tribunal de Justiça definiu-se que o dano moral pode ser presumido nas seguintes hipóteses: cadastro de inadimplentes (Ag n. 1.379.761 e REsp n. 1.059.663); responsabilidade bancária (REsp n. 786.239, Ag n. 1.295.732 e REsp n. 1.087.487); atraso de voo (REsp n. 299.532 e Ag n. 1.410.645); diploma sem reconhecimento (REsp n. 631.204); equívoco administrativo (REsp n. 608.918); e, credibilidade desviada (REsp n. 1.020.936), etc.

<sup>42</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 127.

### 2.3.3 Nexo causal

O terceiro pressuposto indispensável à configuração do dever de indenizar é o nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o dano experimentado. Trata-se de elemento essencial, segundo o entendimento esposado na doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, porquanto: *“Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra direito”*<sup>43</sup>.

Sua presença é taxada de necessária também por Cavalieri Filho, veja-se:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal.<sup>44</sup>

Tem-se claro, pois, que o nexo causal é uma questão de fato indispensável para a caracterização da responsabilidade civil. Nesse sentido, cumpre ao lesado, autor da demanda indenizatória, o ônus de provar sua existência. É de se considerar, todavia, que nem sempre sua verificação é tarefa fácil, a esse respeito o doutrinador acima aludido teceu algumas considerações:

Quando o resultado decorre de um *fato simples*, a questão não oferece a menor dificuldade, porquanto a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano. O problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de *causalidade múltipla*, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado.<sup>45</sup>

Nesse contexto, importante destacar que o estudo acerca do nexo de causalidade impõe a análise de algumas teorias que, ao longo do tempo, têm servido de respaldo para dirimir algumas dúvidas e incertezas sobre quais as condutas que podem ser consideradas como “gatilho” à ocorrência de danos. Ainda que, em geral, a análise do nexo causal dependa das peculiaridades do caso concreto, as teorias a seguir abordadas servem de base ao reconhecimento das condutas lesivas e de quem poderá ser chamado para responder por elas.

<sup>43</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense 1998. p. 75.

<sup>44</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 66.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p. 67.

A primeira teoria recebeu o nome de *Teoria da equivalência dos antecedentes*, ela foi elaborada por Von Buri e tem sido muito difundida no âmbito do Direito Penal de vários países, incluindo-se o nosso. Trata-se, de teoria que disciplina a igualdade entre as condições que levaram a um mesmo resultado, isto é, se mais de uma condição houver concorrido como causa para a verificação de um dano, todas elas serão consideradas equivalentes<sup>46</sup>.

Para que se possa considerar uma condição como causa do dano, de acordo com esta teoria, é preciso eliminá-la, hipoteticamente, e verificar se, diante de sua ausência, o resultado danoso não se efetivaria. Assim, se o dano não fosse afastado, tem-se que a condição não seria suficiente para provocá-lo, não se efetivando, portanto, como causa apta à ocorrência do dano<sup>47</sup>. O problema dessa teoria é que ela se estende por uma longa corrente de causalidade, de modo que uma série de indivíduos, que antecederam à ocorrência do dano, poderiam ser chamados a indenizá-lo.

De outro lado, desenvolveu-se na doutrina francesa a *Teoria da causalidade adequada*, herança do filósofo alemão Von Kries<sup>48</sup>. Para essa, é necessária a individualização e qualificação das condições, isso porque, segundo esse entendimento, nem toda condição que concorre para verificação de um resultado pode ser considerada como causa deste. Tem-se por causa, então, não apenas uma condição necessária à existência do dano, mas, também, aquela mais adequada ao seu acontecimento<sup>49</sup>.

Verifica-se que, ao passo que a *Teoria da equivalência de condições* destaca-se no âmbito do Direito Penal, a *Teoria da causalidade adequada* é predominante na seara civil. Sobre o tema, manifestou-se Cavalieri Filho:

Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.<sup>50</sup>

Trata-se de entendimento perfilhado, também, por Caio Mário, veja-se:

<sup>46</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 68.

<sup>47</sup> Ibidem. p. 68

<sup>48</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense 1998. p. 78.

<sup>49</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 69.

<sup>50</sup> Ibidem. p. 70

[...] Praticamente em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, “no curso normal das coisas”, provoca um dano dessa natureza. Em consequência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz da “causalidade adequada”, porque faz salientar na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais.<sup>51</sup>

Diz-se que, com o advento do Código Civil de 2002, positivou-se a Teoria da causalidade adequada, porquanto o art. 403 do texto legal disciplina que: *“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”*<sup>52</sup>. A expressão “efeito direto e imediato”, de acordo com o ensinamento de Cavalieri Filho, *“não se refere à causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim aquela que foi a mais adequada, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas”*<sup>53</sup>.

Outrossim, ressalta-se que parte da doutrina nacional, imbuída pelo ânimo da expressão “efeito direto e imediato” referida no aludido artigo, chegou a fazer menção a uma terceira teoria acerca do nexo causal, a teoria do dano direto e imediato. É de se destacar, porém, o entendimento Paulo de Tarso Vieira Sanseverino sobre essa corrente:

Apesar de a teoria do dano direto e imediato ter grande prestígio no direito brasileiro, ela tem sido considerada apenas uma variante da teoria da causalidade adequada, que ainda é reconhecida como a que melhor resolve os problemas suscitados pelo nexo causal na responsabilidade civil.<sup>54</sup>

Por fim, importa salientar que o estudo das teorias abordadas é de grande valia, afinal, servem essas de auxílio na identificação do nexo causal, possibilitando, assim, o estabelecimento da extensão dos prejuízos que decorrem da conduta ofensora, bem como a possível verificação de causas estranhas que resultem no rompimento da relação causal entre o fato e o dano<sup>55</sup>, hipótese que implicaria na exclusão do dever de indenizar.

<sup>51</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense 1998. p. 79.

<sup>52</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

<sup>53</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 73.

<sup>54</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.161-162.

<sup>55</sup> Ibidem. p.164.

## 2.4 O SURGIMENTO DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Estabelecidas as diretrizes gerais da responsabilidade civil, é hora de partir ao estudo acerca das peculiaridades que esse instituto assume quando analisado à luz do Direito Público. Trata-se de medida importante, afinal, conforme destacou o autor Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva*”<sup>56</sup>.

Antes de adentrar no conceito de responsabilidade civil do Estado, porém, é necessário esclarecer o que esta não engloba. Nesse contexto, cumpre asseverar que, tendo a Administração Pública a prerrogativa de buscar meios de satisfazer o interesse público, sua atividade é desenvolvida de maneira peculiar. Nas palavras de Bandeira de Mello, revela-se:

Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão *legal* de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada *autoexecutoriedade* dos atos administrativos. Esta, contudo, não ocorre sempre, mas apenas nas seguintes duas hipóteses: a) quando a lei expressamente preveja tal comportamento; b) quando a providência for urgente ao ponto de demanda-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir risco de perecimento do interesse público se não for adotada.<sup>57</sup>

Assim, destaca-se que a responsabilidade civil do Estado não deve ser confundida com as atividades de gestão da Administração Pública, ainda que essas imponham algum sacrifício sobre determinados particulares. De fato, é obrigação do Poder Público “*indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial*”. É de se considerar, todavia, que embora nessas hipóteses se verifiquem, eventualmente, prejuízos a particulares, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado, porquanto se tratam de situações em que o

---

<sup>56</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1021.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 99.

Estado tem o efetivo poder de assim agir. Exemplo clássico do exposto é a desapropriação de uma área privada motivada por razões de interesse público<sup>58</sup>.

Importante, ainda, é a ressalva de que a responsabilidade civil do Estado, que aqui será abordada, refere-se à responsabilidade extracontratual, uma vez que a contratual é regida por princípios próprios que são inerentes aos contratos administrativos<sup>59</sup>, afastando-se, portanto, do foco deste trabalho.

Feitas as ressalvas, o estudo do efetivo dever de indenizar por parte do Estado assume o foco desta pesquisa. Tem-se que os pressupostos da responsabilidade civil, outrora abordados, quais sejam, ação ou omissão, dano e nexo de causalidade, devem também aqui estar caracterizados. É de se destacar, contudo, a observação de José dos Santos Carvalho Filho acerca do tema:

De início, importa lembrar que o Estado, como pessoa jurídica, é um ser intangível. Somente se faz presente no mundo jurídico através de seus agentes, pessoas físicas cuja conduta é a ele imputada. O Estado, por si só, não pode causar danos a ninguém. Sendo assim, o cenário concernente ao tema que estudamos se compõe de três sujeitos: o Estado, o lesado e o agente do Estado. Neste cenário, o Estado, segundo o direito positivo, é civilmente responsável pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Sendo-o, incumbe-lhe reparar os prejuízos causados, ficando obrigado a pagar as respectivas indenizações.<sup>60</sup>

Para além das diferenças formais de sua caracterização, é certo que a responsabilidade civil do Estado tem peculiaridades que lhe são inerentes pelo simples fato de existir. Afinal, conforme bem alertou Bandeira de Mello:

[...] é de lembrar que os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda a Sociedade, não sendo equânime, portanto, que apenas algum arque com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos.<sup>61</sup>

Todavia, ainda que se configure de maneira peculiar, é de se destacar que a responsabilidade civil do Estado pode ser considerada como consequência lógica e inevitável

<sup>58</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1022.

<sup>59</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 873.

<sup>60</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017. p. 592.

<sup>61</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1026.

da noção de Estado de Direito, segundo entendimento defendido por Bandeira de Mello, veja-se:

Deveras, a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público, encontram-se, por igual, assujeitadas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas e outras – sem distinção – responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem.<sup>62</sup>

Nesse contexto, atualmente, não é de se questionar a existência da responsabilidade civil do Estado, uma vez que essa “*reside na própria espinha dorsal do Estado de Direito*”<sup>63</sup>. Todavia, a realidade nem sempre foi essa; assim, nos próximos passos, analisar-se-á a evolução da responsabilidade civil do Estado, pormenorizando suas fases características.

## 2.5 A ASCENSÃO HISTÓRICA DO DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO

Concluiu-se acima que “*tendo ocorrido o fato ensejador da responsabilidade civil e perpetrado o dano ao lesado, tem este, contra o responsável, direito à reparação dos prejuízos*”<sup>64</sup>, ainda que a responsabilidade recaia sobre o Estado. Todavia, é preciso ressaltar, como o fez Bandeira de Mello, que embora a conclusão, atualmente, seja “*de uma lógica inconfundível, a tese da responsabilidade pública, mesmo após o surgimento do Estado Constitucional, não se impôs com facilidade*”<sup>65</sup>. Assim, cumpre perfazer uma breve digressão histórica acerca da responsabilidade civil do Estado, em especial, à evolução ocorrida em território nacional.

### 2.5.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

Trata-se de teoria que vigorava na época dos Estados absolutos, a qual era difundida, conforme expôs Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sob a influência dos “*princípios de que o rei não pode errar (the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire) e o de que ‘aquilo que*

<sup>62</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1027.

<sup>63</sup> Ibidem. p. 1028.

<sup>64</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017. p. 591.

<sup>65</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1028.



*agrada o príncipe tem força de lei' (quod principi placuit habet legis vigorem)''<sup>66</sup>. Tem-se, portanto, que esta teoria era calcada especialmente na ideia de soberania do Estado, revelando seu espírito por meio da “frase de Laferrière ‘O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação’”<sup>67</sup>.*

As aludidas máximas demonstravam como o Estado afastava-se do dever de indenizar, ou mesmo do de compensar, os indivíduos nas hipóteses em que estes sofriam danos provocados por Aquele em sua gestão e administração da coisa pública. Todavia, é de se observar a ressalva feita por Bandeira de Mello:

Estas assertivas, contudo, não representavam completa desproteção dos administrados perante comportamentos unilaterais do Estado. Isso porque, de um lado, admitia-se responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente (caso, na França, de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 Pluvioso do Ano VIII); de outro lado, também se admitia responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem como os causados pelas coletividades públicas locais.<sup>68</sup>

Ademais, impõe destacar que, também na França, a teoria em análise restou mitigada pela “*admissão da responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal, seu*”<sup>69</sup>, muito embora eventuais ações indenizatórias dependessem de prévia autorização do Estado. Condições semelhantes fizeram parte da legislação da Alemanha e Prússia, conforme destacou Bandeira de Mello<sup>70</sup>.

Em que pese a tese esposada tenha vigorado por algum tempo, no Brasil, jamais se questionou a tese da responsabilização estatal, que sempre foi aceita como princípio amplo, conforme destaca Bandeira de Mello<sup>71</sup>, muito embora essa tenha sido apreciada de diferentes maneiras através do tempo. Nesse contexto, é possível observar a evolução percorrida aqui, que partiu de uma concepção de responsabilidade subjetiva, passando, na sequência, à teoria da culpa do serviço e que, por fim, culminou na teoria da responsabilidade objetiva do Estado, como se verá a seguir.

<sup>66</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 874.

<sup>67</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1029.

<sup>68</sup> Ibidem. p. 1029-1030.

<sup>69</sup> Ibidem. p. 1030.

<sup>70</sup> Ibidem. p. 1030.

<sup>71</sup> Ibidem. p. 1054.

### 2.5.2 Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado (civilista)

A superação da Teoria da Irresponsabilidade, inicialmente, deu-se por meio dos princípios do Direito Civil, conforme destacou Di Pietro, uma vez que as indenizações, à época do século XIX, eram fundamentadas na ideia de culpa<sup>72</sup>. Isto é, para que houvesse a responsabilização em virtude da atuação dos agentes estatais, que, de maneira culposa, omissiva ou comissiva, acabavam causando danos aos indivíduos, o nexo de causalidade deste (dano) para com a atividade estatal deveria ser demonstrado cabalmente pelas vítimas. Somente assim poderia se falar em indenização correspondente.

Além do viés civilista, a teoria desenvolveu-se sob outra característica peculiar, veja-se na visão de Carvalho Filho:

O abandono da teoria da irresponsabilidade do Estado marcou o aparecimento da doutrina da responsabilidade estatal no caso de ação culposa de seu agente. Passava a adotar-se, desse modo, a doutrina civilista da culpa. Entretanto, procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.<sup>73</sup>

A aludida separação entre os atos emanados do Estado foi, porém, alvo de críticas, conforme destacou Di Pietro<sup>74</sup>:

[...] quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.

Nesse contexto, não demorou muito para que a doutrina civilista fosse dando espaço a uma concepção diferenciada acerca do dever de indenizar do Estado. Em contraponto às falhas aqui apontadas, surgiu a denominada teoria publicista, que será abordada adiante.

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 875.

<sup>73</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017. p. 592-593.

<sup>74</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 876.

### 2.5.3 Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado (publicista) – Responsabilidade por falta de serviço

Foi a partir da segunda metade do século XIX que teve início a ascensão da responsabilidade civil do Estado influenciada pelos princípios do direito público. A mudança de paradigma foi atribuída ao “*famoso aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos*”<sup>75</sup> da França de 1873. Acerca da temática discorreu Di Pietro:

[...] a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.<sup>76</sup>

O segundo momento característico da responsabilidade subjetiva do Estado, então, deu-se por meio daquilo que recebeu o nome, na França, de *faute du service*, cujo termo, no Brasil, veio a ser chamado de “*responsabilidade por falta de serviço*” (falha no serviço ou culpa do serviço)<sup>77</sup>. Conforme asseverou Carvalho Filho, “*a falta do serviço podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço*”<sup>78</sup>.

Nesse contexto, o particular deveria demonstrar a falha na prestação do serviço, ou mesmo a falta dele, para que então pudesse haver a responsabilização do Estado, em virtude da culpa administrativa, como sinalizou o Professor José Sérgio da Silva Cristóvam<sup>79</sup>. Trata-se de entendimento esposado também por Bandeira de Mello, veja-se: “*Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal.*

<sup>75</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1030.

<sup>76</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 876.

<sup>77</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1032.

<sup>78</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017. p. 593.

<sup>79</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Elementos de direito administrativo*. 4. ed. Florianópolis: Revista, Ampliada e Atualizada, 2016. p. 190.

*Cumpra que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva*”<sup>80</sup>.

É de se atentar, entretanto, que o aludido autor admite haver certa “*presunção de culpa*” de acordo com esta teoria, sob “*pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (as vezes intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos*”. Assim, em que pese não se possa dizer que a responsabilização aqui abordada se verifique por critérios objetivos (conforme se observará adiante), imperioso destacar que a culpa do Estado, em si, não precisa ser comprovada para que então se proceda à reparação<sup>81</sup>. Por oportuno:

[...] Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo.<sup>82</sup>

Ressaltou Di Pietro que, concomitantemente a sua aplicação, “*o Conselho de Estado francês passou a adotar, em determinadas hipóteses, a teoria do risco, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado*”<sup>83</sup>, ponto a ser estudado adiante.

#### 2.5.4 Teoria da responsabilidade objetiva do Estado

Alcançada a responsabilização estatal de ordem objetiva, verificou-se que essa se caracteriza por meio da ampliação da proteção conferida aos administrados. Afinal, nas palavras de Carvalho Filho:

Não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta do serviço, etc.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1032.

<sup>81</sup> Ibidem. p. 1032.

<sup>82</sup> Ibidem. p. 1033.

<sup>83</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 877.

<sup>84</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017. p. 594.

Tem-se, com o novo entendimento, que “*a ideia da culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado*”<sup>85</sup>. Desse modo, impõe observar o conceito elaborado por Bandeira de Mello sobre o tema:

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.<sup>86</sup>

Verifica-se, também, grande influência dos princípios de equidade e igualdade sobre esta teoria, afinal, pretende-se com ela que os indivíduos eventualmente lesados por atividades administrativas, que, em geral, beneficiam a todos, venham a ser ressarcidos, independentemente da existência de ação culposa do Estado. O ressarcimento, por sua vez, deve ser suportado pelo erário, a fim de que se busque o reequilíbrio “*que necessariamente deve haver entre os encargos sociais*”<sup>87</sup>. Sobre o tema, manifestou-se Cavalieri Filho:

Se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa.<sup>88</sup>

Ainda no tema da responsabilidade civil objetiva do Estado, cumpre destacar que grande parte dos doutrinadores atribui, como fundamento de sua existência, a teoria do risco. Assim, observar-se-á no próximo tópico os desdobramentos dessa imputação.

### **2.5.5 A Teoria do Risco (Administrativo x Integral) na Responsabilidade Objetiva do Estado**

<sup>85</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 877.

<sup>86</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1034.

<sup>87</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 877.

<sup>88</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 323.

Diz-se que há responsabilidade objetiva porque esta prescinde da apreciação de elementos subjetivos como culpa e dolo<sup>89</sup> para que se viabilize a responsabilização do Estado por danos gerados a particulares em decorrência de suas atividades. Nesta esteira, tornou-se possível adaptar a teoria do risco, já abordada no âmbito da responsabilidade civil extracontratual da esfera privada, também para o direito público. Sobre a temática, expôs Cavalieri Filho:

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.<sup>90</sup>

Impõe ressaltar, todavia, que a teoria do risco na seara administrativa possui certas peculiaridades, dividindo-se entre risco integral e risco administrativo. Segundo Cavalieri Filho, “[...] a distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa”<sup>91</sup>.

Dessa feita, tem-se que, embora a teoria do risco administrativo prescindida da culpa dos agentes estatais, exige que haja nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o dano causado ao particular que pleiteia a indenização. De modo que não há que se falar em responsabilização do Poder Público quando estivermos diante de danos que não decorram de suas atividades, mas, sim, de culpa exclusiva da vítima, fatos atribuíveis a terceiros ou, ainda, quando se verificar caso fortuito ou força maior<sup>92</sup>.

De outro lado, a teoria do risco integral configura-se como “*modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar*”<sup>93</sup>, caracterizando-se, pois, como hipótese que não admite excludentes de responsabilização<sup>94</sup>. Assim sendo, de acordo com o

<sup>89</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 877.

<sup>90</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 324.

<sup>91</sup> Ibidem. p. 324.

<sup>92</sup> RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. p. 12.

<sup>93</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 594.

<sup>94</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Elementos de direito administrativo*. 4. ed. Florianópolis: Revista, Ampliada e Atualizada, 2016. p. 190.

entendimento de Carvalho Filho, “*semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado, só sendo admissível em situações raríssimas e excepcionais*”<sup>95</sup>.

Nesse contexto, é possível afirmar que, atualmente, a regra geral da responsabilidade civil do Estado é objetiva, baseada no risco administrativo, entendimento este que decorre, além do entendimento doutrinário, de previsão constitucional insculpida pelo § 6º do art. 37 de nossa Carta Magna<sup>96</sup>.

Verifica-se, por fim, que, por meio deste capítulo, foi possível estabelecer a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, bem como seu conceito e pressupostos atuais; além dos critérios gerais, abordou-se também o desenvolvimento da temática sob a ótica do Direito Público, suas fases históricas características, culminando na disciplina de como o instituto pode ser empregado nessa esfera atualmente.

Desse modo, verificados os critérios gerais para sua aplicação, cumpre avançar à análise das características da responsabilidade civil do Estado, isto é, ao estudo de como, e por quais motivos, o Estado será chamado a indenizar particulares eventualmente lesados pelo exercício de suas atividades na qualidade de Administrador da coisa pública.

---

<sup>95</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017. p. 594.

<sup>96</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:  
[...]§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

### 3 AS CARACTERÍSTICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

No primeiro capítulo buscou-se percorrer as evoluções históricas, da concepção primária ao conceito atual, do instituto da responsabilidade civil. Inicialmente, a abordagem se voltou aos aspectos gerais do tema e, na sequência, debruçou-se sobre a ótica da responsabilidade civil estatal. Estabelecidas as bases necessárias, pretende-se, por meio deste trabalho, verificar como se configura a responsabilidade civil do Estado pela morte de detentos dentro do sistema carcerário brasileiro. Para tanto, no segundo capítulo, serão abordadas as vicissitudes da responsabilidade civil estatal, isto é, quais as características da responsabilidade civil do Estado no cenário jurídico-político nacional; como as atividades da administração pública podem resultar em danos aos particulares, de modo a ensejar a respectiva responsabilização do ente público; bem como as hipóteses em que podem ocorrer as excludentes da responsabilidade civil do Estado.

#### 3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – ANÁLISE A PARTIR DE UM CONCEITO HISTÓRICO

Antes de adentrar efetivamente na análise das atividades estatais eventuais ensejadoras de responsabilização civil, é preciso situar, de maneira geral, como a responsabilidade civil se assentou no Direito Administrativo pátrio. De fato, o aludido instituto tem suas raízes no Direito Privado, por meio do qual se conceituou como o instrumento apto a garantir a reparação de prejuízos causados por indivíduos a seus semelhantes, conforme se verificou no ponto 2.2 do capítulo anterior.

Ocorre que os prejuízos dos quais decorre o dever de indenizar não podem ser exclusivamente imputados aos particulares, isso porque, não raras as vezes, o próprio gestor da sociedade e regulador dos direitos do homem – Estado – acaba lesionando a esfera jurídica protegida de seus administrados. Nesse contexto, Marcia Andrea Bühring revela em seu livro a importância da concepção de Estado de direito para a efetivação das garantias dos direitos do homem. De acordo com a autora, para Bobbio, Estado de direito “*é um conceito que permeia todo o Direito Público, porque a sua ideia original é a de um Estado que cria o Direito e se submete ao mesmo em função da garantia dos indivíduos contra o arbítrio*”<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> BOBBIO, N. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 41-61. In BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 46.



Nesse contexto, cumpre destacar que o Estado de direito se apresentou sob diferentes aspectos através do tempo, percorrendo verdadeira evolução histórica até chegar ao conceito hoje vigente. Inicialmente, configurou-se como característica do Estado liberal de direito, após, sofreu as influências do Estado social de direito, e, mais tarde, culminou na concepção de Estado democrático de direito conhecida hoje. As respectivas fases serão brevemente abordadas na sequência, a fim de se alcançar o cenário característico atual.

Para Cristóvam<sup>98</sup>, o alvorecer do Estado moderno se deu com o surgimento do Estado absolutista. Nesse sistema, a vontade do rei, considerado como ser soberano, configurava-se como fonte do Direito e centro dos interesses do Estado. Daí a afirmação de que no rei se misturavam as funções de “*criador, executor e julgador da e segundo a lei*”. Este modelo de Estado, todavia, não prevaleceu por grande período de tempo; gradativamente, foi-se encaminhando ao declínio, motivo pelo qual é considerado como Estado de transição entre o feudalismo medieval – caracterizado, especialmente, pela descentralização do poder político – e o Estado de direito de caráter essencialmente liberal-individualista.

A superação do primeiro (Estado absolutista) pelo segundo (Estado de direito), deu-se, conforme destacou Cristóvam<sup>99</sup>, com a consolidação do princípio da legalidade, isto é, “*com a derrocada do Estado absolutista e a ascensão do Estado de direito, houve, de fato, uma verdadeira substituição do império da vontade do monarca (governo dos homens) pelo império da vontade da lei (governo das leis)*”. Essa mudança de paradigma foi dada, majoritariamente, pela influência da burguesia que reclamava por um Estado que garantisse seus direitos à liberdade e à propriedade. Desenvolveu-se, então, modelo de Estado peculiar, destacando-se como função fundamental a de defensor das liberdades individuais, por meio de expressão não intervencionista, a fim de garantir o pleno exercício da vontade privada dos indivíduos inseridos na sociedade.

O Estado liberal, por sua vez, foi perdendo espaço especialmente a partir da Revolução Industrial, justamente em virtude de sua feição individualista-abstencionista<sup>100</sup>. Isso porque, a neutralidade do Estado de direito, à época, já não mais satisfazia as necessidades da nova realidade (de desigualdade) social. Já com o advento do Estado social, então, implantou-se um

---

<sup>98</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 67-68.

<sup>99</sup> Ibidem. p. 69-72.

<sup>100</sup> Ibidem. p. 72.

modelo de Estado prestacionista e intervencionista, com o fim precípua de garantir o desenvolvimento e a justiça social<sup>101</sup>.

Verificou-se, pois, como bem destacou Cristóvam<sup>102</sup>, uma reformulação da estrutura de atuação estatal, esta, dada por meio da normatização de uma carta de direitos sociais. O modelo de Estado social de direito se caracterizou como uma Administração Pública ativa, repleta de ações positivas com vistas à “*satisfação das necessidades coletivas*”. Ocorre que, em consequência a sua atuação proeminente, o Estado acabou, novamente, colocando-se em situação de prevalência sobre o indivíduo; desta vez sob o pretexto de tutelar a sociedade e os interesses públicos. Não raras as vezes, todavia, a motivação ficou apenas no plano da justificativa, revelando-se a atuação estatal mais autoritária e ditadora do que efetivamente preocupada e comprometida com os interesses da coletividade.

Foi por volta da segunda metade do século XX que iniciou uma mudança de paradigmas na ordem jurídico-política da Europa, que veio, mais tarde (final do século), alastrar-se também na América Latina. A nova era, mais comprometida com ideais de democracia e defesa dos direitos humanos, consagrou o denominado Estado democrático de direito, ou, nas palavras de Cristóvam, “*Estado social e democrático de direito*”. Este, fundou-se, especialmente, “*na limitação constitucional dos poderes constituídos, na soberania popular (autogoverno do povo), na cooperação de pessoas livres e iguais, bem como no respeito e na satisfação otimizada dos direitos e garantias fundamentais*”<sup>103</sup>.

As constituições cidadãs, marcas do Estado democrático de direito, passaram a tratar dos direitos fundamentais de forma vinculante, isto é, tornaram-se eles matérias das quais o próprio Estado não pode dispor. Desse modo, em verdade, tornaram-se, os direitos fundamentais, garantias que passaram a se configurar como o próprio fundamento de legitimidade e dever primeiro do Estado. Nesse contexto, tanto o Estado quanto demais atores da sociedade devem respeito e conformidade às diretrizes constitucionais<sup>104</sup>.

A análise dos sistemas que precederam o atual Estado democrático de direito nos permite verificar, com maior profundidade, as bases de nosso sistema atual. Nele, como se pôde observar, tanto Estado quanto indivíduos estão comprometidos com as diretrizes

<sup>101</sup> BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 57.

<sup>102</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 73-75.

<sup>103</sup> Ibidem. p. 76.

<sup>104</sup> Ibidem. p. 77-78.

emanadas da Constituição; sendo que esta, por sua vez, fundamenta-se na proteção, irrevogável, dos direitos fundamentais. Assim, estabelecido o cenário de atuação do Estado, bem como seu comprometimento com a proteção dos direitos do homem, pode-se traçar as características das necessárias respostas deste frente aos eventuais danos, por ele provocados, em face de seus administrados.

Nesse contexto, fundamenta-se a responsabilidade civil do Estado como uma conquista do Estado de direito. Significa dizer, pois, que a responsabilidade civil extracontratual que vige hoje é decorrente do próprio regime jurídico administrativo de nossa sociedade. Traduz-se a aludida afirmação nas palavras de Bühring<sup>105</sup>, afinal, para ela, “*o dever do Estado de respeitar – igualdade e liberdade – é uma exigência ético-política da garantia constitucional*”.

Assim, tendo em vista que pela própria natureza das ações estatais, bem como pelo exercício das funções que são inerentes ao Estado, verificam-se cotidianamente riscos (teoria do risco administrativo, tratada no ponto 2.5.5 do capítulo anterior) aos administrados; não há como a Administração Pública se furtar do dever de responder (indenizar) pelos danos efetivamente verificados na esfera de particulares<sup>106</sup>. É de se concluir, pois, que independentemente do comportamento estatal produtor de danos – conforme se abordará adiante – haverá responsabilização do Estado; afinal, esta se encontra ancorada em nossa Constituição.

### 3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE ATOS COMISSIVOS PRATICADOS POR SEUS AGENTES

O fundamento da responsabilidade civil do Estado pode ser encontrado nas mais diversas situações ensejadoras da obrigação de reparar danos, isto é, na concepção de Bandeira de Mello<sup>107</sup>, a depender do comportamento do Estado, do qual resulte determinado dano, decorrerá fundamento peculiar ao dever de indenizar. Assim, os próximos passos deste trabalho serão dados com o fim de se descobrir se há diferença entre os pressupostos para responsabilização do Estado, considerando-se, para tanto, as peculiaridades inerentes aos seus

---

<sup>105</sup> BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 72.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 72-73.

<sup>107</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1035.

diversos comportamentos, quais sejam: ação e omissão do Poder Público, bem como atos lícitos e ilícitos da administração.

O recorte ora estudado diz respeito à responsabilização civil do ente estatal em contrapartida aos danos por ele gerados, isto é, por atos comissivos. Tem-se, neste cenário, o Estado como um possível produtor de danos que incidirão na esfera jurídica de outrem. Trata-se de situação, de fato, corriqueira em nossa sociedade, afinal, como bem observou Bandeira de Mello<sup>108</sup>, possui o Estado o monopólio da força, além de configurar-se como o próprio responsável por ditar os termos de sua atuação perante a coletividade. Desse modo, torna-se difícil, para não dizer impossível, aos administrados se distanciarem (ou mesmo se defenderem) da atuação estatal.

É de se destacar, todavia, que, no mais das vezes, o Estado age com vistas ao benefício de toda sociedade. Assim, nas palavras de Bandeira de Mello, quando a ação do Estado se der em virtude de um interesse público - que, aliás, configura-se como princípio da Administração Pública<sup>109</sup> - diz-se dispensável “*cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando o comportamento estatal comissivo gera produz, causa dano a alguém*”<sup>110</sup>. Nesse contexto, verifica-se que o fundamento da responsabilidade civil do Estado por atos comissivos legítimos é de ordem objetiva.

No mesmo sentido, embora sob fundamentação um tanto diversa, Marçal Justen Filho<sup>111</sup> afirma que há um elemento subjetivo na responsabilização do Estado por atuação comissiva. Afinal, segundo ele, há no exercício da administração um dever de diligência que impõe aos agentes estatais a adoção de cautelas a fim de que sejam evitados danos aos administrados. Assim, sustenta que quando a atuação de determinado agente resultar em dano a terceiro, “*presume-se a presença de um elemento subjetivo defeituoso*”.

---

<sup>108</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1039.

<sup>109</sup> A definição de interesse público como princípio regente das atividades da Administração Pública é fruto de apuração da obra “Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público” do professor José Sérgio da Silva Cristóvam. Nela, apesar do reconhecimento de que não há base constitucional a amparar, genericamente, a supremacia do interesse público sobre o privado em toda e qualquer situação; o autor assegura que há expressa menção do princípio do interesse público na ordem infraconstitucional, bem como que se encontra ele implícito na ordem constitucional, na qual figura como orientador das atividades da Administração Pública. Nesse sentido, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 162-169.

<sup>110</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1039.

<sup>111</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1402.

Mais do que por presunção, todavia, a afirmativa de responsabilização objetiva ampara-se no princípio da isonomia, afinal, tem-se por certa a necessidade de reparação, em prol de quem foi lesado, por aquele que deu causa ao dano. Assim não poderia ser diferente com a responsabilidade civil estatal, quando, mediante conduta comissiva legítima, lesa-se a esfera juridicamente protegida de outrem para satisfazer determinado interesse público; porquanto: “*Se a sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colher os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos*”<sup>112</sup>.

Não se cogita, ainda, a existência de culpa ou dolo mesmo diante de atos estatais ilegítimos produtores de dano. Isso porque; embora o princípio da legalidade aqui pudesse atuar de modo a impor a reparação de danos (como se verificaria em qualquer relação jurídica); a simples lesão a esfera juridicamente protegida, quando produzida pelo Estado, impõe que se proceda à respectiva compensação<sup>113</sup>.

Assim, basta que se perquiria a presença do nexo causal entre os atos comissivos do Estado e os possíveis danos suportados por particulares, para que se imponha, então, a respectiva responsabilização do ente estatal.

### 3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE ATOS OMISSIVOS

A posição do Estado como administrador da coisa pública impõe que este atue de acordo com os ditames legais, isto é, se aos administrados é possível fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, à Administração Pública só é possível fazer aquilo que a lei disciplina<sup>114</sup>. Ocorre que, nesse contexto, a não ação do Estado, que, por ventura, venha a resultar em dano a particulares, nas hipóteses em que este deveria agir, é suficiente para se proceda à responsabilidade por inércia ou incúria do agente<sup>115</sup>.

Trata-se, este ponto, de elemento deveras importante para o presente trabalho, afinal, as mortes verificadas no sistema carcerário brasileiro nem sempre decorrem de uma ação do Estado, efetivada por meio de seus agentes; mas, sim, em muitas ocasiões, são resultado da

<sup>112</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1039-1040.

<sup>113</sup> Ibidem. p. 1040.

<sup>114</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 276.

<sup>115</sup> CAHALI, Yussef Said, 1930. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 218.

não atuação do ente no sentido de evitar que a fatalidade aconteça. As implicações destas ocorrências, todavia, serão objeto de futura análise.

A responsabilidade civil por atos omissivos, cumpre o destaque, rende posicionamentos diversos na doutrina nacional. Há quem defenda que os danos decorrentes de omissões da Administração Pública desencadeiam uma responsabilização baseada em caráter subjetivo. De outro lado, há os que entendam que a responsabilização, assim como ocorre nos casos de danos decorrentes de condutas comissivas, deve se dar por critério objetivo, isto é, que dispense a análise da culpa do agente no exercício de sua função estatal.

A primeira corrente é defendida por Bandeira de Mello. Para este, só há que se falar em responsabilização do Estado por danos decorrentes de condutas omissivas quando se verificar, em seu exercício, o descumprimento de um dever legal. Isso porque, só se admitiria a responsabilização do ente quando ele tivesse o expresso dever de evitar o resultado danoso, e, então, diante dessa incumbência deixasse de se manifestar. Seguindo nessa linha de raciocínio, a omissão do Estado implicaria em ato ilícito, afinal, se viabilizaria por meio de negligência, imprudência ou imperícia, hipóteses de culpa, ou mesmo por deliberada violação a ordem expressa, hipótese de dolo. De qualquer forma, em ambos os casos, para Bandeira de Mello, a responsabilidade seria de ordem subjetiva<sup>116</sup>.

O que não se configura razoável, para o aludido autor, é a responsabilização do Estado nas hipóteses em que esse tenha agido de maneira esperada em suas atividades, ainda que a normalidade não tenha sido apta a evitar a ocorrência de evento danoso. Isto é, na hipótese ora narrada, o Estado não atuou como autor do dano, motivo pelo qual, para Bandeira de Mello, não se pode dizer que a omissão do Estado tenha se configurado como causa do evento danoso, mas, sim, como mera condição a sua verificação. Nas palavras do autor: “*Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado*”<sup>117</sup>.

O posicionamento do administrativista é firme mesmo diante de danos decorrentes de situações em que a culpa do ente público é presumida. Nestes casos, afirma o doutrinador que o Estado esquivar-se-á da responsabilização se demonstrar que “*não houve omissão dolosa ou culposa*”. De acordo com ele, isso ocorre porque, diferentemente do que se verifica na responsabilização por atos comissivos - na qual basta a análise do polo passivo da relação,

---

<sup>116</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1041.

<sup>117</sup> Ibidem. p. 1043.

isto é, do indivíduo lesado em sua esfera juridicamente protegida -, na responsabilização por atos omissivos, a análise é direcionada à esfera do polo ativo. Diz-se, pois, que deve restar efetivamente comprovado que a omissão do Estado é contrária ao Direito, sob pena de não haver que se falar em indenização correspondente<sup>118</sup>.

Comungam desse posicionamento os autores Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>119</sup>, Di Pietro<sup>120</sup>, Caio Tácito e Themístocles Brandão Cavalcanti<sup>121</sup>, além de Lúcia Valle Figueiredo<sup>122</sup>. Esta última chegou a se posicionar no sentido de que “*não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva*”. Todavia, impende destacar que a própria autora, com o advento do Código de Defesa do Consumidor<sup>123</sup>, passou a admitir, por meio da reprodução de outros autores, que “*a responsabilidade do Estado pelo funcionamento dos serviços públicos não decorre da falta mas do fato do serviço público, ficando evidente que o legislador pátrio acolheu, iniludivelmente, a teoria do risco administrativo*” – a qual encontra amparo na responsabilização civil de ordem objetiva.

Apresentada, acima, a mudança de paradigmas para Figueiredo, oportuna se faz a análise sobre aqueles que, desde o princípio defenderam a ideia de responsabilização objetiva, como é o caso de Yussef Said Cahali<sup>124</sup>. Posicionou-se, este, no sentido de haver no comportamento omissivo do Estado possível causa à ocorrência de evento danoso. Fundamentou a aludida afirmativa ao considerar como causa, diferentemente do que fez Bandeira de Mello, “*todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação*”. Isto é, as mais diversas leis que regem as atividades da Administração Pública geram para esta a obrigação de proceder ao seu cumprimento. Desse modo, nas palavras do autor:

<sup>118</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1043-1044.

<sup>119</sup> Afirmativa feita por Celso Antônio Bandeira de Mello em: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1044-1045.

<sup>120</sup> Declaração feita pela própria autora em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 885.

<sup>121</sup> De acordo com João Agnaldo Gandini e Diana Paola da Silva Salomão em: GANDINI, João Agnaldo Donizeti, and Diana Paola da Silva Salomão. “A responsabilidade civil do Estado por uma conduta omissiva.” *Revista CEJ* 7.23 (2003): 52.

<sup>122</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 269-272.

<sup>123</sup> O posicionamento de Lúcia do Valle Pereira sofre alteração, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), especialmente pela redação dada aos seguintes artigos 3º, 14 e 22 da aludida codificação. Nesse sentido, consultar: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 269-272.

<sup>124</sup> CAHALI, Yussef Said, 1930. *Responsabilidade civil do Estado*. 3 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 220.

[...] desde que exigível da Administração a execução da obra ou a prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação [...].<sup>125</sup>

Para Cahali, então, o dever de indenizar encontra fundamento na exigibilidade da conduta omitida pelo Estado. Assim, desde que a omissão tenha se configurado como causa do dano reparável, isto é, que tenha havido o descumprimento de um dever jurídico estatal, haverá o obrigação de indenizar.

Similar linha de pensamento é exposta na obra de Hely Lopes Meirelles<sup>126</sup>. Nesta, diz-se que o risco administrativo abarca tanto a atuação quanto a inação dos agentes estatais, enquadrando-se, ambos os casos, na regra insculpida pelo art. 37, § 6º de nossa Constituição Federal<sup>127</sup>, isto é, na incidência de responsabilidade civil objetiva. Todavia, fez-se, na obra o destaque de que a teoria do risco administrativo não se alastra aos danos decorrentes de fenômenos naturais ou àqueles provocados por terceiros, mas, tão somente, aos atos (e não atos, neste recorte) relacionados com a atividade administrativa.

Assim, os casos não abrangidos pela teoria do risco administrativo, e, por consequência, não decorrentes da “*atuação funcional dos servidores públicos*” - embora em nada maculem a teoria objetiva - devem ser, de acordo com a obra de Meirelles, analisados sob a ótica da culpa da Administração<sup>128</sup>.

Semelhante distinção é relatada na obra de Cavaliieri Filho<sup>129</sup>, este, por sua vez, utiliza-se dos termos *omissão específica* e *omissão genérica* para fundamentar seu entendimento. O primeiro termo é aplicado às hipóteses em que se “*pressupõe um dever especial de agir do Estado*”, assim, a omissão do Estado em seu cumprimento se configura como “*causa direta e imediata*” do resultado danoso que ele deveria impedir; motivo pelo qual se fala em responsabilidade objetiva do ente.

<sup>125</sup> CAHALI, Yussef Said, 1930. *Responsabilidade civil do Estado*. 3 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 221.

<sup>126</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 745.

<sup>127</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>128</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 746.

<sup>129</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 337.



De outro lado, *omissão genérica* se configuraria nos casos em que “*não se pode exigir do Estado uma atuação específica*”, de modo que a omissão estatal não se apresenta como causa direta e imediata do dano, mas, sim, como causa concorrente para verificação dele. Deve o indivíduo lesado, nesses casos, comprovar que a falta (ou falha) do serviço foi causa concorrente para a verificação do dano, bem como esse poderia ter sido evitado mediante a existência de atuação positiva do Poder Público. Somente assim, surgirá a responsabilização (de ordem subjetiva) da Administração<sup>130</sup>.

Tendo, enfim, por analisados os posicionamentos distintos, é de se compactuar com a ideia exposta por João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão<sup>131</sup> em artigo desenvolvido acerca da temática, afinal, para os autores, independentemente da peculiar conduta estatal ensejadora de responsabilidade civil, isto é, seja ela de ordem comissiva ou omissiva, uma série de elementos devem se fazer presentes para que esteja efetivado o dever de indenizar. São eles os pressupostos básicos: conduta estatal, existência de dano e o nexo de causalidade entre um e outro.

Nesse contexto, não basta que haja análise apenas pela ótica do lesado (como foi sugerido às condutas comissivas), tampouco que a análise recaia ao campo do agente estatal (como Bandeira de Mello defendeu para condutas omissivas). Isso porque, em ambas situações, “*vários fatores entram em conta*”. Ademais, segundo Cahali, as discussões acerca de qual caráter (objetivo ou subjetivo) deve ser empregado para que se verifique se o Estado deve ou não ser responsabilizado, são, em verdade desnecessárias. Isso porque, para o doutrinador, basta que a Administração comprove que a conduta (que se deixou de tomar) não lhe era exigida, para que o dano decorrente dela não demande respectiva reparação<sup>132</sup>.

Nesse sentido o que parece unânime entre os doutrinadores é o entendimento de que a exigibilidade de determinada conduta, da qual a ausência tenha resultado em danos a esfera de particulares, deve ser analisada no caso concreto. Somente desse modo, por meio do exame das situações paradigma, é que será possível identificar se a ausência de determinada ação do Estado se configura como causa ao dano do administrado<sup>133</sup>. Em assim sendo, e na ausência

---

<sup>130</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 337-338.

<sup>131</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. “A responsabilidade civil do Estado por uma conduta omissiva.” *Revista CEJ* 7.23 (2003). p. 54.

<sup>132</sup> CAHALI, Yussef Said, 1930. *Responsabilidade civil do Estado*. 3 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 221.

<sup>133</sup> *Ibidem*. p. 222.

de causas excludentes da responsabilidade estatal (ponto que será abordado ao final deste capítulo), restará configurado o dever de se proceder à responsabilização objetiva do Estado.

### 3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS ILÍCITOS DA ADMINISTRAÇÃO

A responsabilidade civil do Estado decorrente de atos ilícitos da administração encontra respaldo, fundamentalmente, no princípio da legalidade. Retira-se a afirmativa das próprias características que são peculiares à Administração Pública, afinal, conforme exposto no início do ponto 3.3 deste capítulo, as atividades por essa desenvolvidas são previstas e regidas por lei. Desse modo, eventual afronta a ela, quando resultar em dano a outrem, dá ensejo à responsabilização do ente público, a fim de que este venha a ressarcir os prejuízos de sua conduta ilícita<sup>134</sup>.

Ao versar sobre a responsabilização do Estado em decorrência de atos ilícitos, Justen Filho<sup>135</sup> expõe que essa vai além da “*infração objetiva aos limites de suas competências e atribuições*”, estendendo-se, também, aos casos em que o Estado deixa de agir com a cautela necessária a fim de que sejam evitados danos à esfera juridicamente protegida de terceiros. A característica última foi nomeada por ele como “*dever de diligência estatal*”.

O entendimento esposado pelo aludido autor, complementa-se àquele exposto por meio da análise da responsabilidade civil do Estado por atuação omissiva, afinal, para ele, “*toda a ação ou omissão imputável ao Estado, que configure infração ao dever de diligência no exercício das competências próprias, gerará responsabilização civil se produzir ou der oportunidade a dano patrimonial ou moral a terceiro*”<sup>136</sup>.

De fato, percebe-se pela contribuição de Justen Filho, bem como se verifica pela evolução da doutrina nacional, que, em geral, a responsabilidade civil do Estado tem se tornado mais abrangente. Contribuiu, para tanto, em especial, a adoção da teoria do risco, que imprime uma responsabilização de ordem objetiva, ou seja, que se impõe independentemente da verificação de culpa do agente estatal. Afere-se, por meio dessa corrente, uma preocupação com a proteção eficiente dos administrados que eventualmente venham a sofrer com os desígnios da atividade estatal.

---

<sup>134</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 276.

<sup>135</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1401.

<sup>136</sup> *Ibidem*. p. 1401.

Neste cenário, Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto<sup>137</sup>, desenvolve crítica acerca da “*simplicidade*” com que o tema da responsabilidade objetiva vem sendo tratado. Isso porque, segundo ela, a adoção da teoria da responsabilidade objetiva no ordenamento brasileiro, dada com a Constituição de 1946, desprestigiou os pressupostos que até então existiam para a verificação do dever de indenizar por parte do Estado. Afinal, de acordo com a autora, deixou-se de lado a ideia de que somente haveria responsabilização do Estado quando este, por meio de seus representantes, “*causasse danos a terceiros procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*”<sup>138</sup>.

A crítica de Izabella consiste no fato de que, segundo a autora, a responsabilidade civil do Estado por atos ilícitos deveria ser justificada por meio subjetivo. Isto é, mediante verificação da imprudência, negligência ou imperícia do agente estatal (hipóteses de culpa), ou, ainda, por deliberado propósito de violação da norma (hipótese de dolo) por parte daquele. De modo que a adoção da teoria objetiva, supostamente, “*teria eliminado a antijuridicidade do ato da Administração como pressuposto da responsabilidade civil*”<sup>139</sup>.

É de se rebater os aludidos argumentos, todavia, por meio das obras de Cavalieri Filho e Di Pietro. O primeiro alerta para a noção restritiva de ato ilícito, a qual foi denominada pelo autor de “*ato ilícito em sentido estrito*”, tendo-se revelado insatisfatória justamente por contar com a noção de culpa para sua caracterização. Assim, desenvolveu o autor, em contraponto, termo mais abrangente e adequado para a configuração de ato ilícito na acepção de responsabilidade objetiva; este foi chamado de “*ato ilícito em sentido amplo*”, caracterizando-se, pois, pela mera ilicitude do ato praticado, isto é, por sua posição de contrariedade para com o Direito, “*sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico*”<sup>140</sup>.

Di Pietro<sup>141</sup>, por sua vez, afirmou que, para fins de responsabilidade civil objetiva, deve-se entender a ocorrência de ato antijurídico como pressuposto indispensável, posicionando-se este, portanto, ao lado do dano à esfera juridicamente protegida de particular e do nexo de causalidade que deve se verificar entre os dois. Todavia, é importante salientar que, para a autora, deve ser entendido o ato antijurídico “*como ato causador de dano anormal*

<sup>137</sup> PINTO, Izabella Maria Medeiros e Araújo. “*O ato ilícito como pressuposto da responsabilidade civil do Estado*”. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 3 (2012). p. 51.

<sup>138</sup> Redação que vigia no art. 15 do Código Civil de 1916.

<sup>139</sup> PINTO, Izabella Maria Medeiros e Araújo. “*O ato ilícito como pressuposto da responsabilidade civil do Estado*”. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 3 (2012). p. 53.

<sup>140</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 25.

<sup>141</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 881.

*e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante encargos sociais*”, motivando-se, pois, a devida responsabilização do ente estatal.

É de se reconhecer, portanto, que ato ilícito não se confunde com ato antijurídico, de modo que o segundo pode se fazer presente inclusive diante de atos lícitos da Administração Pública, conforme se verificará no ponto seguinte. A responsabilização do Estado em decorrência do primeiro (ato ilícito), enfim, em nada afasta a presença do segundo (ato antijurídico), devendo-se, na sua ocorrência, imprimir ao Estado a necessária e devida indenização pelo dano correspondente<sup>142</sup>.

### 3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS DA ADMINISTRAÇÃO

Tratar-se-á, a partir deste momento, de discussão pouco comum ao âmbito da responsabilidade civil entre particulares, qual seja, a hipótese de responsabilização decorrente de ato lícito. Enquanto esta se restringe, na esfera privada, a situações excepcionais e expressamente previstas em lei, como destacou Izabella<sup>143</sup>; no Direito Administrativo, tornou-se cada vez mais claro o dever de indenizar, por parte do Estado, mesmo diante de situações em que este “*não tenha agido ilicitamente*”<sup>144</sup>.

Na linha do que ensinou Luís Alberto Thompson Flores Lenz<sup>145</sup>, já nos idos de 1996, a noção de que toda lesão decorrente de atividade do Poder Público deve ser indenizada, mesmo que efetivada por meio de ato lícito, parece a mais acertada. Nesse sentido, asseverou o autor, caminha o entendimento da maior parte dos juristas que se debruçaram sobre a temática da responsabilidade civil do Estado. Ao abordar a passagem de Marcelo Caetano em sua obra, discorreu que os requisitos necessários para que se verifique indenização por ato lícito da administração são “*a existência de um sacrifício especial ou anormal, ou seja, que não incida sobre a maioria das pessoas, que não se possa considerar aceitável por todos em virtude da vida em coletividade*”.

<sup>142</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 881.

<sup>143</sup> PINTO, Izabella Maria Medeiros e Araújo. “*O ato ilícito como pressuposto da responsabilidade civil do Estado*”. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 3 (2012). p. 58.

<sup>144</sup> BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. Bahia: Editora Jus Podium, 2015. p. 78.

<sup>145</sup> LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. “*A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito*”. Revista de Direito Administrativo 205 (1996). p. 119.

Os aludidos requisitos para responsabilização do ente estatal por condutas lícitas também estão presentes nos pronunciamentos de Izabella<sup>146</sup>. Conjecturou a autora, sob a análise das obras de Bandeira de Mello e Cahali, que se tem por necessária a análise e qualificação do resultado danoso quando este for provocado por atividade lícita do Estado. Nesse contexto, diz-se que restará comprovado o dever de indenizar do Estado se, por meio de sua atividade lícita, tiver imputado dano *especial* (isto é, que tenha atingido esfera particularmente protegida de outrem) e *anormal* (ou seja, que desborde os incômodos triviais da vida em sociedade) a determinado administrado.

Todavia, Izabella elabora crítica que consiste, justamente, em se perquirir um elemento subjetivo, ainda que apenas com relação à qualificação do dano, em detrimento da evolução que se pretende traçar no instituto da responsabilidade civil, qual seja, a de superação da teoria subjetiva na análise dos pressupostos de responsabilização. Nesse sentido, defende a autora que apenas as condutas ilícitas da Administração podem ensejar responsabilização objetiva do respectivo ente, porquanto são elas claramente contrárias à lei. Com relação aos eventuais danos decorrentes de condutas lícitas da Administração Pública, defende que só seriam indenizáveis diante de casos expressamente previstos em lei, assim como ocorre no direito privado<sup>147</sup>.

Ademais, Izabella propôs o seguinte questionamento: "*se o Estado tem o dever de indenizar por danos causados por atividade tanto ilícita quanto lícita, o que o impede de ser responsabilizado sobre todo e qualquer ato?*"<sup>148</sup>. Em virtude de questionamentos como esse, ousa-se, aqui, discordar das afirmações de Lenz (acima mencionada) e de Felipe Peixoto Braga Neto<sup>149</sup>, uma vez que ambas apontaram como incontroverso, para doutrina nacional, o dever do Estado indenizar os danos provocados por atos lícitos da administração. Isso porque, ao menos para esta pesquisadora, parece que nem sempre doutrina e jurisprudência uniram vozes e atingiram conclusões equânimes no que tange a essa discussão.

---

<sup>146</sup> PINTO, Izabella Maria Medeiros e Araújo. "*O ato ilícito como pressuposto da responsabilidade civil do Estado*". Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 3 (2012). p. 60-61.

<sup>147</sup> Ibidem. p. 62-63.

<sup>148</sup> Ibidem. p. 59.

<sup>149</sup> De acordo com comentário do autor na obra intitulada de "Manual da Responsabilidade Civil do Estado", "em relação à responsabilidade civil do Estado, doutrina e jurisprudência são conclusivas". Desse modo, segundo o autor não pairam dúvidas acerca da irrelevância em se "perquirir a licitude ou ilicitude do ato ou da omissão estatal", devendo em ambas situações o Estado ser responsabilizado pela causação de danos aos seus administrados. Disponível em: BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. Bahia: Editora Jus Podium, 2015. p. 81.

Corroborando com a controvérsia doutrinária, Justen Filho<sup>150</sup>, com o qual concorda Izabella, defendeu que, semelhante ao que ocorre com a responsabilidade civil entre particulares, só há que se falar em responsabilidade civil do Estado por atos lícitos quando nesse sentido houver expressa previsão legal. Isso porque, não se pode admitir, segundo sua concepção, que o Estado venha a ser responsabilizado pela prática de ato administrativo regular e em conformidade com o direito.

De toda sorte, o entendimento aqui esposado, e, ao que parece, aquele que predomina na maior parte da doutrina e jurisprudência, é o apresentado por Lenz<sup>151</sup>. Assim, destaca-se, conforme expôs o autor, que a razão de ser da responsabilidade civil do Estado por atos lícitos decorre do mais basilar princípio da igualdade, afinal, a imputação de sacrifícios a particulares geralmente é motivada por uma atuação estatal voltada à satisfação de interesses públicos. Desse modo, para o autor, a sociedade, como um todo, deve ser responsável pela repartição dos encargos públicos, *“eis que se um direito tem de ser sacrificado no interesse público, torna-se necessário que esse sacrifício não fique iniquamente suportado por uma pessoa só, mas que seja repartido pela coletividade”*.

No mesmo sentido posicionou-se Figueiredo<sup>152</sup>:

Se determinada conduta administrativa, necessária ao implemento de finalidades públicas, causar dano, terá o lesado o direito de ser ressarcido. De forma alguma o empobrecimento do patrimônio de um ou de alguns poderá ocasionar benefícios para toda a coletividade.

É de se destacar, ainda, que a objetivação da responsabilidade civil do Estado, que teve suas origens no Estado social e restou efetivada com a implementação do Estado democrático de direito<sup>153</sup> (evolução abordada no ponto 3.1. deste capítulo), encontra-se estampada no § 6º do art. 37 de nossa Constituição. Desse modo, conforme aduziu Luís Felipe Ferrari Bedendi<sup>154</sup>, em artigo produzido para a Escola da Magistratura Paulista, não há dúvida quanto aos elementos necessários à verificação da responsabilidade extracontratual do Estado. Quais sejam:

<sup>150</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1398.

<sup>151</sup> LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. *"A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito"*. Revista de Direito Administrativo 205 (1996). p. 119.

<sup>152</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 276.

<sup>153</sup> GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (coordenadores). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 446.

<sup>154</sup> Ibidem. p. 448.

- 1) A ocorrência de danos a terceiros;
- 2) Que tais danos sejam praticados por agentes de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público;
- 3) A existência de nexo causal entre a conduta estatal e os danos.

Desse modo, tem-se que não há razão legal a justificar a suposta necessidade de demonstração de ilicitude do ato administrativo para que se viabilize a responsabilização do Estado por danos causados aos seus administrados. Colhe-se o mesmo entendimento da jurisprudência da Ministra Cármen Lúcia, atual presidente do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que há responsabilidade do Estado por atos lícitos *"quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. Observância do princípio da legalidade, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito"*<sup>155</sup>.

Já para o Ministro Celso de Mello, entre os elementos clássicos que delineiam a responsabilidade objetiva do Poder Público, destaca-se como suficiente que a conduta ensejadora do dano tenha por autor agente do Poder Público para que lhe seja imputável correspondente responsabilização. Veja-se: *"a oficialidade da atividade estatal causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional"*<sup>156</sup>.

Por fim, a adoção da teoria do risco administrativo, no âmbito do STF, também foi defendida por Figueiredo ao afirmar que há *"objetividade da responsabilização (teoria do risco administrativo) quando se está diante de comportamentos positivos, ilícitos ou lícitos, do Poder Público"*<sup>157</sup>. Tal afirmativa decorre de trecho de julgado do STF, cuja relatoria foi do Ministro Carlos Velloso, o qual fez constar em sua obra:

A responsabilidade do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a

<sup>155</sup> RE 571969, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014.

<sup>156</sup> RE 481110 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 09-03-2007 PP-00050 EMENT VOL-02267-04 PP-00625 RCJ v. 21, n. 134, 2007. p. 91-92.

<sup>157</sup> FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 214.

indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e dos encargos sociais.<sup>158</sup>

Das análises percorridas, dentre as quais tiveram espaço legislação, doutrina e jurisprudência, colhe-se que há, pois, responsabilidade do Estado sempre que este, por intermédio de sua atuação, seja ela comissiva, omissiva, lícita ou ilícita, acarretar danos aos seus administrados. Todavia, é importante a ressalva de que a responsabilidade estatal não é integral, motivo pelo qual verificar-se-á adiante quais as hipóteses de afastamento do dever de indenizar do Estado.

### 3.6 NEXO CAUSAL E O AFASTAMENTO DESTA NAS HIPÓTESES DE EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Delineamos, até o presente momento, as características da responsabilidade civil estatal; a qual, após processo evolutivo iniciado com a Constituição Federal de 1946<sup>159</sup> e aperfeiçoado em 1988, com a promulgação de nosso vigente texto constitucional, adotou a teoria objetiva para aferição da responsabilização do Estado pelos danos causados por este a seus administrados. Embora tenha se cogitado a responsabilização integral (conforme apontado no ponto 2.5.5. desta pesquisa), verifica-se que a teoria do risco administrativo tem prevalecido em nossa doutrina e jurisprudência pátria, é o que se retira de trecho de julgado colacionado à obra de Cahali<sup>160</sup>:

A teoria do risco administrativo não leva à responsabilidade objetiva integral do Poder Público, para indenizar em todo e qualquer caso, mas sim dispensa a vítima da prova da culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa total ou parcial do lesado.

Nesse cenário em que a responsabilização independa de análise da culpa da Administração Pública, o nexo causal entre a manifestação desta e a verificação do dano na esfera do particular se revela como elemento importantíssimo, afinal, sua presença é que vai ditar se haverá ou não a necessidade do ente estatal indenizar eventual dano sofrido na esfera de um particular. Desse modo, desenvolver-se-á, neste tópico, um estudo acerca das

<sup>158</sup> RE 113587, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 18/02/1992, DJ 03-04-1992 PP-04292 EMENT VOL-01656-02 PP-00382 RTJ VOL-00140-02 PP-00636.

<sup>159</sup> PINTO, Izabella Maria Medeiros e Araújo. “*O ato ilícito como pressuposto da responsabilidade civil do Estado*”. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 3 (2012). p. 52.

<sup>160</sup> CAHALI, Yussef Said, 1930. *Responsabilidade civil do Estado*. 3 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 43.



características e implicações do nexo causal, bem como as hipóteses em que o afastamento, ou mesmo a não verificação desse, impliquem em causa de exclusão da responsabilidade estatal.

Na linha do que asseverou Rodrigo Valgas dos Santos<sup>161</sup>, o estudo acerca do nexo causal, em especial na responsabilidade extracontratual do Estado, revela-se importante porquanto, a partir dele, torna-se possível aferir "*qual a relação causal existente entre os danos sofridos por terceiros, imputáveis a uma conduta comissiva ou omissiva do Estado, ou por quem lhe faça as vezes, para que se busque a devida reparação*". Assim, por meio de uma análise comprometida com cada situação em concreto que será possível aplicar um efetivo e equilibrado "*sistema de responsabilização, sem o receio de que o Estado seja espécie de segurador universal*".

Nesse contexto, Cahali<sup>162</sup> alerta que, quando ausente a demonstração do *vínculo de causalidade*, o resultado será a "*pré-exclusão da responsabilidade indenizatória do ente público*". Esta poderá ocorrer em três hipóteses, quais sejam caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro, que serão dirimidas adiante.

### 3.6.1 Caso fortuito ou força maior

Tratam-se das situações em que, embora se tenha verificado eventual dano na esfera juridicamente protegida de particulares, a atuação do ente estatal, ou mesmo a falta dela, "*deixa de figurar como causa do dano, posto que o vínculo de causa e efeito*" decorre de situações imprevisíveis ou irrefreáveis pela Administração Pública<sup>163</sup>. As expressões caso fortuito e força maior, conforme destacou Braga Netto<sup>164</sup>, foram, por muito tempo, objeto de discussão na doutrina em virtude da falta de um consenso no que tange a seus conceitos e diferenças.

<sup>161</sup> FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 271.

<sup>162</sup> CAHALI, Yussef Said, 1930. *Responsabilidade civil do Estado*. 3 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 45.

<sup>163</sup> Ibidem. p. 48.

<sup>164</sup> BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. Bahia: Editora Jus Podium, 2015. p. 137.

Todavia, embora o próprio Código Civil as tenha equiparado<sup>165</sup>, talvez pela dificuldade em distingui-las, Cavalieri Filho<sup>166</sup> ainda defende que existam diferenças entre os termos. Na concepção do autor, então, “*estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável*”, de outro lado, a força maior se configura “*se o evento for irresistível, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza (tempestades, enchentes, etc.)*”.

Afora a antiga discussão travada sobre esta hipótese de exclusão da responsabilidade, há, atualmente, distinção mais relevante acerca do tema. A aludida afirmação é retirada da obra de Braga Netto<sup>167</sup>, que sustentou que doutrina e jurisprudência contemporâneas têm distinguido os casos de fortuito interno e fortuito externo. Para ele, a distinção é relevante porquanto “*no primeiro caso o dever de indenizar está mantido (fortuito interno), ao passo que no segundo (fortuito externo) o dever de indenizar fica afastado*”.

Tem-se que a nova distinção está em consonância com a teoria do risco, afinal, nos casos de fortuito interno a verificação do dano, ainda que este seja considerado imprevisível, “*guarda relação com a atividade desenvolvida pelo ofensor*”. Desse modo, considerando-se que a fatalidade é contemplada pelo risco da atividade (ou risco administrativo, aqui), deve haver responsabilização estatal. De outro lado, “*Se o dano não guarda relação com a atividade desenvolvida pelo ofensor, haverá um fortuito externo*”, com o qual o dever de indenizar é afastado<sup>168</sup>.

### 3.6.2 Culpa exclusiva da vítima

Na linha do que ocorre com as hipóteses de caso fortuito e força maior, a culpa exclusiva da vítima também é apta a ensejar o rompimento do “*nexo causal entre o dano e a ação ou omissão do Estado*”<sup>169</sup>. Aqui, nas palavras de Valgas dos Santos, “*quem propiciou o*

<sup>165</sup> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

<sup>166</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 98.

<sup>167</sup> BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. Bahia: Editora Jus Podium, 2015. p. 137.

<sup>168</sup> Ibidem. p. 137-139.

<sup>169</sup> Ibidem. p. 143.

*evento danoso foi o próprio lesado*”<sup>170</sup>, portanto, sem nexo causal entre a atividade estatal e o resultado danoso, não há que se falar em dever de indenizar.

Todavia, é importante a ressalva feita por Braga Netto de que a culpa exclusiva da vítima não é presumível, de modo que será considerada para fins de exclusão da responsabilidade do Estado se este a comprovar. Ademais, também destacou o aludido autor, que os tribunais superiores, em diversas oportunidades, manifestaram-se pela possibilidade de mitigação do valor da indenização, a ser paga pela Administração Pública, nos casos em que há concorrência de culpa, entre Estado e indivíduo lesado, na efetivação do evento danoso.<sup>171</sup>

Novamente, é preciso asseverar que a análise acerca da necessidade de reparação por parte do Estado, deve se dar de acordo com o caso concreto. Somente desse modo será possível aferir se houve rompimento do nexo causal - entre o dano imputado ao particular e a atividade estatal - em função de comportamento da própria vítima; ou, ainda, se houve concorrência de culpa entre ambos, hipótese que não acarretará em total exclusão da responsabilidade estatal, mas, ao menos, em mitigação dessa.

### 3.6.3 Fato de terceiro

Por fim, a terceira hipótese de excludente de responsabilidade do Estado por danos verificados na esfera de seus administrados se dá quando o responsável pela causação do dano é “*pessoa diversa da vítima e do aparente causador do dano*”. Haverá o rompimento do nexo causal entre o dano e a atividade estatal, culminando na plena excludente de responsabilização do Estado, apenas se o fato danoso puder ser exclusivamente atribuído a terceiro<sup>172</sup>.

Assim como se alertou para a hipótese de culpa exclusiva (ou mesmo concorrente) da vítima, também a incidência de fato de terceiro deve ser provada pela Administração Pública para que esta possa se eximir do dever de indenizar a lesão imputada a determinado indivíduo. Ademais, como apontou Valgas dos Santos<sup>173</sup> em seu artigo, também há que se considerar a lesão como fruto de ação exclusiva de terceiro, e a co-participação deste como “*elemento concorrente no desfecho prejudicial*”. Nesse contexto, tem-se que somente na primeira situação há o rompimento do nexo causal, de modo a culminar na exclusão da

<sup>170</sup> FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 285.

<sup>171</sup> PEIXOTO BRAGA NETO, Felipe. *Manual da responsabilidade civil do Estado*. 3ª ed. Bahia: Editora Jus Podium, 2015. p. 143-146.

<sup>172</sup> FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 286.

<sup>173</sup> Ibidem. p. 286.

responsabilidade estatal. Quando a contribuição de terceiro é apenas parcial, tanto ente público quanto terceiro poderão responder pela lesão ao particular.

Há derradeiro ponto a ser destacado: para que o fato de terceiro seja apto ao total rompimento do nexo causal, com consequente exclusão da responsabilidade do Estado, deve ele ser imprevisível e inevitável pela Administração Pública<sup>174</sup>. De mesmo modo, deve-se observar se o Estado não detinha o dever específico de evitar o resultado danoso, afinal, “*se o Estado falhou em sua posição de garantidor de determinado bem jurídico fundamental, a indenização poderá surgir como resposta adequada*”<sup>175</sup>.

Depreende-se, então, de todo o exposto, que a responsabilidade do Estado por danos causados, por si, à esfera particular de seus administrados é instituto de garantia e proteção aos direitos desses. Nesse contexto, no cenário atual, verifica-se sua incidência em contrapartida aos danos provocados por atos comissivos, omissivos, ilícitos e lícitos da Administração Pública; sendo, todavia, possível o afastamento da responsabilização, mediante prova - a ser apresentada pelo próprio ente estatal - da quebra do nexo de causalidade entre sua manifestação e o resultado danoso. Estabelecidas, pois, as características da incidência da responsabilidade civil do Estado, partir-se-á, no capítulo seguinte, à abordagem desse instituto diante de mortes de detentos dentro do sistema carcerário brasileiro.

---

<sup>174</sup> FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 287.

<sup>175</sup> PEIXOTO BRAGA NETO, Felipe. *Manual da responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. Bahia: Editora Jus Podium, 2015. p. 148.

## **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE DETENTOS DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Desenvolveu-se, até o momento, um estudo balizador das características e fundamentos do instituto da responsabilidade civil, que tem a função precípua de restabelecer o equilíbrio de uma relação jurídica avariada pela provocação de dano de um indivíduo a esfera juridicamente protegida de outrem (Capítulo 1). Observou-se, também, que nem sempre a provocação de dano, a qual enseja a devida reparação, parte da esfera de um particular a outro; revelando-se muito comuns em nossa vida em sociedade os danos decorrentes de atividades estatais.

Como se verificou no decorrer do Capítulo 2, os danos aos administrados podem partir das mais diversas formas de atuação do Estado, levando-se em conta a quase que “onipresença” da Administração Pública na qualidade de gestora da vida em comunidade. Desse modo, pode-se concluir que, independentemente do caráter (lícito ou ilícito) que assumam a ação ou omissão do Estado, desde que essa acarrete dano à esfera juridicamente protegida de um administrado, haverá configurado o dever de indenizar por parte daquele.

Resta, neste terceiro capítulo, a análise de como o Estado deve ser chamado a indenizar as mortes ocorridas dentro do sistema carcerário brasileiro. Para tanto, observar-se-á, aqui, o dever constitucional de proteção à integridade física e moral dos detentos; o reconhecimento do dever de indenizar as mortes ocorridas no sistema carcerário e a evolução desse na jurisprudência pátria; bem como a materialização da compensação por dano-morte às vítimas por ricochete.

### **4.1 A VIOLAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS DETENTOS, O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS E A ASSUNÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO**

Estabelecidos os termos de caracterização da responsabilidade civil do Estado, que decorre de previsão constitucional subsumida ao art. 37, § 6º, tem-se claro que essa decorre tanto de condutas comissivas, quanto das omissivas, lícitas e ilícitas da Administração Pública; as quais, destaca-se, materializam-se por meio da atuação dos agentes a serviço do Estado. É preciso partir, pois, à discussão acerca da incidência da responsabilidade civil estatal nos casos de mortes de detentos dentro de estabelecimentos prisionais mantidos pelo Estado.

Para que seja admitida a aludida responsabilização, todavia, é de se estabelecer algumas premissas básicas. Afinal, na linha do que se apresentou até o momento, para que se verifique o dever de indenizar do Estado, é preciso que haja uma relação causal entre sua atuação (independentemente da qualidade que esta assuma) e o resultado-dano. Nesse contexto, inicialmente, destaca-se o posicionamento de Bandeira de Mello<sup>176</sup>, o qual admite a incidência da responsabilização do Estado pelas mortes ocorridas no sistema penitenciário por considerar que, muito embora na maior parte das vezes o Estado não se configure como autor do resultado – isto é, o dano-morte não tenha sido efetivamente provocado por agente estatal – pode-se considerar a Administração Pública como propiciadora do dano.

Posiciona-se desse modo, o aludido autor, por considerar que determinada atuação do Estado se configura como fonte produtora da situação da qual depende a existência do dano. O caso clássico da situação apresentada acima “*é o que deriva da guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas, em face do quê o Poder Público expõe terceiros a risco*”. Como exemplo da problemática apresentada, Bandeira de Mello destaca o assassinato de um presidiário por outro. Em situações assim, entende o autor ser devida a responsabilização objetiva da Administração Pública porquanto, por meio dela, viabiliza-se “*a maneira de a comunidade social absorver os prejuízos que incidiram apenas sobre alguns, os lesados, mas que foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos*”<sup>177</sup>.

Todavia, ousa-se, discordar, ao menos em parte, do mestre administrativista. Isso porque, para além do dever de “*guarda de pessoas perigosas*”, por meio do qual Bandeira de Mello entende que o Estado, na posição de propiciador da consequência danosa, é responsável objetivamente pelo risco que criou, entende-se que o problema ora abordado se revela mais denso e profundo. Embora a situação no sistema carcerário brasileiro seja, de fato, “*perigosa*”, ela o é, especialmente, pelas condições temerárias em que se encontram os presídios brasileiros, nos quais se destacam problemas importantes como superlotação, administração comprometida, epidemias de doenças transmissíveis, entre outros mais que se revelam como verdadeiro óbice para a efetivação de uma Administração Pública eficiente nessa seara.

Desse modo, tem-se que a situação periclitante não decorre apenas de ser a instituição local de “*guarda de pessoas perigosas*”; mas, especialmente, em virtude das próprias

---

<sup>176</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1046.

<sup>177</sup> Ibidem. p. 1046-1047.

condições em que o Poder Público as relega. A fim de amparar esse posicionamento, é preciso destacar o tratamento constitucional dispensado aos presos, cuja previsão se encontra no título que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais de nosso texto constitucional de 1988, no art. 5º, inciso XLIX<sup>178</sup>. Depreende-se da regra constitucional que há garantias em nosso Estado democrático de direito capazes de assegurar aos encarcerados um tratamento digno, o qual impõe uma execução penal com fiel observância ao respeito à integridade física e moral desses indivíduos.

Ademais, é de se destacar, como bem o fez Stéffane Fontinele Takis Atta<sup>179</sup>, em trabalho monográfico intitulado “*Responsabilidade civil do Estado pela tutela do preso*”, que a aludida garantia constitucional está intrinsecamente ligada a uma série de outros princípios e direitos fundamentais de nosso ordenamento. Entre os quais, evidenciou a autora: o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>180</sup>, o direito à incolumidade do indivíduo<sup>181</sup> e a vedação a tratamento distinto e discriminatório entre os indivíduos de nosso corpo social<sup>182</sup>. Não obstante, salientou ainda que “*a questão do preso morto vincula-se ao ‘direito à vida’, que é um dos direitos cuja ordem constitucional assegura a inviolabilidade*”.

Verifica-se, então, que fomos contemplados por uma carta magna essencialmente protetiva e assecuratória dos direitos dos cidadãos (destacando-se, aqui, aqueles encarcerados). Outrossim, não se pode olvidar, ainda, que o Brasil é signatário de Tratados Internacionais, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos<sup>183</sup>, por exemplo, que impõe a observância de tratamento digno aos cidadãos que se encontrem privados de sua liberdade em

<sup>178</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

<sup>179</sup> ATTA, Stéffane Fontinelle Takis. *Responsabilidade civil do Estado pela tutela do preso*. Brasília: IDP/EDB, 2016. 72f. Monografia (Especialização)-Instituto Brasiliense de Direito Público. p. 10. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2161>>. Acesso em: 31 de outubro de 2017.

<sup>180</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>181</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

<sup>182</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>183</sup> Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Art. 10 - 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2017.

virtude do cárcere. Além dele, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>184</sup> disciplina vedações à práticas carcerárias (e pré-carcerárias) que imponham sofrimentos agudos, sejam eles físicos ou mentais, e assegura a necessidade de indenização aos indivíduos vítimas das práticas de tortura. Por fim, há ainda um compilado da Organização das Nações Unidas intitulado de “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)”<sup>185</sup> que estabelece condições mínimas, a serem seguidas pelos países, a fim de assegurar um tratamento humanitário condizente com a condição de pessoa humana inerente a todo e qualquer cidadão, que não pode deixar de ser observada aos detentos.

Todavia, em que pese tenhamos sistemas que determinem a proteção e o respeito aos direitos mais básicos dos apenados, não é esta a condição real dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Aliás, no sentido diametralmente oposto, tem-se verificado em nosso sistema carcerário nacional uma série de violações aos direitos mais básicos dos apenados; dentre as quais se revela o ponto central desta pesquisa, qual seja, a ocorrência de mortes decorrentes do cárcere.

Em virtude desse cenário conturbado, apresentou-se ao Supremo Tribunal Federal, em 2015, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental manejada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, sob o fundamento de recorrente “*violação de diversos*

---

<sup>184</sup> Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Art. 1º - 1. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. Art. 14 - 1. Cada Estado Parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito à indenização. 2. O disposto no presente Artigo não afetará qualquer direito a indenização que a vítima ou outra pessoa possam ter em decorrência das leis nacionais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2017.

<sup>185</sup> Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela). Regra 1 - Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano. Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos reclusos, do pessoal do sistema prisional, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2017.



*preceitos fundamentais da Constituição de 1988*”<sup>186</sup>. O objetivo almejado por meio da ADPF foi o reconhecimento do chamado “*estado de coisas inconstitucional*” no que concerne à situação do sistema penitenciário brasileiro, além da postulação de “*adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos*”<sup>187</sup>.

A configuração, em território nacional, do denominado “*estado de coisas inconstitucional*” - que é termo originário da Corte Constitucional da Colômbia - foi posta sob o julgamento do STF em virtude das seguintes ocorrências contumazes verificadas no sistema carcerário nacional: “*violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades*”<sup>188</sup>.

Para Luís Roberto Barroso, a situação caótica de nosso sistema penitenciário se assemelha, em muito, à realidade colombiana que deu origem ao termo destacado<sup>189</sup>. É o que o se retira do voto do ministro do STF, que considerou não haver, também no Brasil, um ato específico do Poder Público que possa ser considerado como infrator da ordem constitucional vigente, mas, sim, que há aqui: “*um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema*”<sup>190</sup>.

Também nesse sentido foi o posicionamento do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347 – DF, o qual ressaltou a relação de causa e efeito entre atos omissivos e comissivos da Administração Pública (Federal e Estadual), como figura responsável pelo sistema carcerário nacional e o quadro de transgressões de direitos nele instaurado. Para o ministro “*o afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta*

<sup>186</sup> ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. p. 12.

<sup>187</sup> Ibidem. p. 8.

<sup>188</sup> O trecho é extraído de informativo do STF (n. 798) das sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, dos dias 7 a 11 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 31 de outubro de 2017.

<sup>189</sup> A primeira decisão sobre o tema, na Colômbia, ocorreu em 1997, em caso que versava sobre benefícios sociais de professores. Todavia, foi em 1998, com o julgamento de caso emblemático acerca da crise dos presídios colombianos (Sentencia T-153/98 - <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>) que o termo “estado de coisas inconstitucional” ganhou maior evidência; vindo a ser, mais tarde, importado pelo Brasil. Dados disponíveis em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 01 de novembro de 2017.

<sup>190</sup> ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. p. 72-73.

*ação, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial*<sup>191</sup>.

Assim, não se pode olvidar que as mortes decorrentes de um sistema carcerário comprometido - sejam elas oriundas de homicídios praticados entre os detentos, suicídios não coibidos pela administração penitenciária, ou mesmo por doenças características de ambientes insalubres<sup>192</sup> - demandam uma resposta apropriada da Administração Pública. Afinal, além do poder de punir, do qual decorre o encarceramento, o Estado tem dever de zelar pela vida do apenado que se encontrar sob sua guarda; de modo que eventuais inobservâncias danosas a esse dever constitucional (art. 5º, XLIX, CF) devem ser corrigidas, ou, ao menos, reparadas no caso concreto.

É nesse sentido que vai a lição de Carlos Alberto Bencke<sup>193</sup>, que defende a tese da responsabilização estatal diante de ofensas à esfera juridicamente protegida dos apenados. Nas palavras do autor, destaca-se:

Se o preso tem limitações no exercício da cidadania, mas, paradoxalmente, não deixa de ser um cidadão; e se a liberdade é um direito fundamental e retirá-la do cidadão, encarcerando-o, implica em manter a integridade física e moral do preso até que retorne àquela sua condição de cidadão livre, a melhor interpretação que se pode dar no surgimento de qualquer ofensa de ordem material ou subjetiva, parta de onde partir, é de considerá-la como hipótese de responsabilidade objetiva pura.

Revelam-se, portanto, as mortes de indivíduos entregues à custódia do Estado, como ponto crítico de nosso sistema, verdadeiro contrassenso entre a proposta do Estado, qual seja, punir e reabilitar os infratores do sistema penal – por meio de restrições à liberdade, nos casos mais graves – e a falha na concretização da mesma, quando extrapola os limites de seu poder de punir, restringindo não apenas a liberdade dos detentos, mas, violando os demais direitos que lhes são assegurados. Tem-se, desse modo, a necessidade de se perquirir de que modo o

<sup>191</sup> ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. p. 21.

<sup>192</sup> As doenças tem assumido o topo do ranking das causas de mortes no sistema carcerário. Dado extraído de reportagem intitulada “‘Massacre silencioso’: doenças tratáveis matam mais que violência nas prisões brasileiras”. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/14/massacre-silencioso-mortes-por-doencas-trataveis-superam-mortes-violentas-nas-prisoas-brasileiras.htm>>. Acesso em: 31 de outubro de 2017.

<sup>193</sup> BENCKE, Carlos Alberto. “Responsabilidade objetiva do Estado pela integridade física e moral do preso”. Revista da AJURIS – n. 83 – Setembro/2001. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/2eaf7/2eb56/2ed45?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 01 de novembro de 2017.

Estado deverá responder pelas mortes de detentos dentro do sistema carcerário, ponto que será analisado no próximo subitem.

#### 4.2 A EVOLUÇÃO DOS CRITÉRIOS DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL ESTATAL PELA MORTE DE DETENTOS DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

No que tange ao ponto central desta pesquisa, tem-se que a assunção do dever de indenizar os danos-morte verificados no sistema carcerário brasileiro, como oportunamente observado no subtópico anterior (ponto 4.1 deste capítulo), se dá em virtude da frustração, nas hipóteses em que essa for atribuível ao Estado, da obrigação de proteção e respeito à integridade física e moral dos indivíduos entregues a sua custódia. Trata-se, referida obrigação, de direito fundamental assegurado aos detentos por meio do art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

Ademais, para além da previsão constitucional, não se pode olvidar que a proteção aos indivíduos entregues à guarda do Estado é dever que se impõe pelo próprio exercício do “*direito de punir*”<sup>194</sup> por ele desenvolvido. É o que se retira da passagem de Aury Lopes Jr.<sup>195</sup>, afinal, “*a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça*”, os quais, como bem observou o autor, impõem ao Estado o direito e o dever de proteger tanto a comunidade - por meio do encarceramento dos infratores do sistema penal - quanto o próprio infrator da ordem.

Nesse cenário, oportuna é a lição de Justen Filho<sup>196</sup> acerca da temática da responsabilidade:

A responsabilidade é inerente a um dever jurídico. Consiste num aspecto ou consequência da existência desse dever e seu conteúdo envolve a submissão do sujeito a arcar com os efeitos decorrentes da ausência de cumprimento espontâneo da conduta diretamente imposta a ele (ou a terceiro) como obrigatória.

Coaduna-se, a passagem do autor, portanto, com o ponto central desta pesquisa, uma vez que a responsabilização do Estado pelas mortes decorrentes do cárcere está atrelada,

---

<sup>194</sup> O termo é utilizado na obra de Guilherme de Souza Nucci para evidenciar o monopólio do Estado na distribuição de justiça, o qual exerce, com exclusividade o direito de punir. Nesse sentido, consultar: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 585.

<sup>195</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66.

<sup>196</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1381.

justamente, à quebra do dever jurídico de preservação da incolumidade física e moral dos detentos. No mais das vezes, cumpre o destaque, as violações dos direitos e garantias constitucionais dos detentos se dão por meio da inobservância aos deveres do Estado para com os indivíduos entregues a sua guarda e não, efetivamente, por atos comissivos da administração carcerária.

Nesse contexto, conforme explanado por meio do ponto 3.3 do capítulo anterior, é de se lembrar que, por muito tempo, houve discussão acerca de quais seriam os critérios aptos à ensejar a responsabilização do Estado pelos danos decorrentes de suas omissões. A indefinição, tanto de ordem jurisprudencial quanto doutrinária, deu-se em virtude dos divergentes posicionamentos em defesa, de um lado, da responsabilização de caráter subjetivo, caracterizada por meio da mácula da culpa, e, de outro, a dispensa dessa, por meio de responsabilização de ordem objetiva. Assim, observar-se-á, adiante, o desenrolar da questão na doutrina e jurisprudência de modo a constatar como o tema é resolvido atualmente.

#### **4.2.1 Breve histórico do posicionamento doutrinário acerca da omissão estatal como ensejadora da responsabilidade civil do Estado pelas mortes de detentos no sistema carcerário nacional**

Vale destacar a peculiaridade da questão, em especial, por persistirem os posicionamentos controversos mesmo após a adoção da teoria objetiva, pelo nosso ordenamento, para fixação do dever de indenizar os danos oriundos de atividades estatais. A feição objetiva foi consagrada no Brasil pela primeira vez em 1946, viabilizando a chamada responsabilização do Estado pela Teoria do Risco Administrativo. Tal teoria, conforme exposição travada no ponto 2.5.5 deste trabalho, e pelas sábias palavras encontradas na obra de Meirelles<sup>197</sup>, “*baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade*”.

Dispensou-se, então, a partir dessa teoria, a perquirição de culpa da Administração Pública ou dos agentes a serviço dela, “*bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público*”, para que o ônus por si suportado seja indenizado pelo Estado<sup>198</sup>. O referido entendimento restou concretizado em nosso ordenamento por meio do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, o qual consignou a

---

<sup>197</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 40. ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 739.

<sup>198</sup> Ibidem. p. 739.

responsabilização objetiva do Estado sem fazer distinção acerca de qual conduta estatal, comissiva ou omissiva, é necessária para sua incidência. Diante disso, oportuno se faz o destaque à crítica exarada por Gustavo Tepedino<sup>199</sup> acerca das reiteradas discussões sobre o tema:

Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional.

É de se consignar, de todo modo, que, para haver responsabilização objetiva em virtude de omissão estatal, deve a Administração Pública ostentar dever específico que, nas palavras de Cavalieri Filho<sup>200</sup>, a “*obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda*”. No caso presente, o dever específico decorre da previsão constitucional de respeito à integridade física e moral do detento (art. 5º, XLIX, CF); todavia, para além dele, deve-se observar a efetiva possibilidade do Estado em evitar o evento danoso, isto é, se há efetiva configuração do nexo causal entre a atuação estatal e o dano sofrido pelo administrado. Isso porque, se o Estado demonstrar que, ainda que tivesse agido de forma diversa, o dano se efetivaria, deve-se reconhecer o afastamento do nexo de causalidade (conforme hipóteses elencadas no ponto 3.6 do capítulo anterior), sob pena de se conceber uma responsabilização integral da Administração Pública, ao arripio do texto constitucional.

#### **4.2.2 Posicionamento conflitante na jurisprudência**

Não obstante a opção do legislador, desde 1946, pela adoção da teoria do risco administrativo - a partir da qual a responsabilização do Estado passou a ser viabilizada por meio de critérios objetivos -, decisões estribadas na existência da culpa do agente estatal, ou mesmo na carência dessa, continuaram a ser proferidas pelos tribunais pátrios. Nesse sentido, por exemplo, posicionaram-se os seguintes acórdãos: RE n. 81602 / MG, Relator(a): Min.

<sup>199</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal*, in Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4. Edição. p. 221.

<sup>200</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 337.

BILAC PINTO, j. 05/12/1975; AI n. 512.698 – AgR / AC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, j. 13/12/2005; RE 382054 / RJ, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, j. 03/08/2004; Apelação Cível n. 2008.031872-9, de Lages, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 31-05-2012; Embargos Infringentes n. 2004.007690-8, de Itajaí, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11-05-2005.

A fim de se evitar repetições desnecessárias, destacam-se apenas dois dos referidos acórdãos. O primeiro destaque, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, embora tenha assegurado a responsabilização do Estado, o fez sob a ótica da responsabilidade subjetiva, depois de perquirir a presença da culpa estatal. Veja-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL.  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **ATO OMISSIVO DO  
PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO.  
RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA:  
FALTA DO SERVIÇO.** C.F., art. 37, § 6º.

I. - **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.**

II. - A falta do serviço -- *faute du service* dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.

IV. - RE conhecido e provido.

(RE 382054, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 01-10-2004 PP-00037 EMENT VOL-02166-02 PP-00330 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 157-164 RJADCOAS v. 62, 2005, p. 38-44 RTJ VOL 00192-01 PP-00356) (negritei).

O segundo, proveniente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, afastou a responsabilização do Estado pela morte do detento, ante a não comprovação da culpa da Administração Pública por parte do autor da demanda. *In verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MORTE DE PRESO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PÚBLICO - **ATO OMISSIVO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - NÃO COMPROVAÇÃO DA FALHA DO SERVIÇO** – DESPROVIMENTO

**Nos casos de omissão por parte do Estado, a responsabilidade é considerada subjetiva. Cumpre, portanto, àquele que sofreu os efeitos**

**do fato danoso demonstrar que a Administração operou com culpa, ainda que não se possa individualizá-la.**

A morte de detento em prisão do Estado não se constitui em circunstância que por si só evidencia a responsabilidade da Administração. É necessária a apresentação de provas concretas da omissão dos agentes prisionais e do nexo de causalidade entre esta conduta e o resultado lesivo.

(TJSC, Embargos Infringentes n. 2004.007690-8, de Itajaí, rel. Des. Luiz César Medeiros, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 11-05-2005) (negritei).

Em contrapartida, não se pode deixar de destacar a vasta jurisprudência que se formava no sentido de prestigiar a responsabilização objetiva do Estado pelas mortes de detentos ocorridas dentro do sistema penitenciário. Foram analisados, nesse sentido, os seguintes acórdãos: RE 272839 / MT, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, j. 01/02/2005; AI 603865 AgR / GO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, j. em 11/11/2008; RE 466322 AgR / MT, Relator(a): Min. EROS GRAU, j. em 13/03/2007; Apelação Cível n. 2007.004643-0, de Itajaí, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 26-02-2008; Apelação Cível n. 2009.002710-6, de Camboriú, rel. Des. Cid Goulart, j. 19-10-2010; Apelação Cível n. 2008.016532-4, de São José, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 03-11-2011.

Por todos, cita-se:

Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. **Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo.** Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 272839, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-00038 EMENT VOL-02186-03 PP-00417 RTJ VOL-00194-01 PP-00337 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 236-257 RT v. 94, n. 837, 2005, 129-138) (negritei).

Foi nesse âmbito de acentuadas divergências que a questão da responsabilização do Estado pelas mortes ocorridas no interior do sistema penitenciário nacional se tornou tema de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. A resolução da questão será apresentada na sequência.

### 4.2.3 Critérios de responsabilização após julgamento de Recurso Extraordinário em repercussão geral no STF

O Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 841.526, oriundo do Rio Grande do Sul, sob a sistemática da Repercussão Geral, que impõe que o Poder Judiciário nacional observe a tese firmada conforme sistemática prevista na Constituição Federal de 1988<sup>201</sup> e Código de Processo Civil de 2015<sup>202</sup>.

Consignou-se, por meio do aludido julgamento, que o Estado responde de maneira objetiva pelos danos decorrentes de suas omissões, conforme a disciplina legal do art. 37, § 6º de nossa Constituição Federal, nas hipóteses em que essas se configurem como omissões específicas. Para o relator do acórdão, Ministro Luiz Fux, “*o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal*”. Admitir-se a responsabilização do Estado independentemente da existência de dever legal a lhe impor a obrigação de evitar determinado dano, seria admitir a responsabilidade do Estado fundada no risco integral, teoria essa “*repudiada pela Constituição Federal*”<sup>203</sup>.

Ademais, posicionou-se, o relator, no sentido de ser imprescindível que o Estado tenha a efetiva possibilidade de evitar o dano, para que, então, diante de sua inobservância, venha a ser chamado a responder pelo infortúnio. Com efeito, amparou seu posicionamento, mais uma vez, na presença do nexo de causalidade entre sua atuação e o resultado danoso. Nas palavras do ministro, “*sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano*”<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

<sup>202</sup> Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

<sup>203</sup> RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016 p. 13.

<sup>204</sup> Ibidem. p. 26.



O relator do acórdão em repercussão geral teceu algumas considerações sobre observações que se impõem a fim de que sejam proferidas decisões judiciais razoáveis nessa seara. Para ele, é necessário que se verifique cada situação específica que, no caso concreto, se revele como potencial ensejadora da responsabilização estatal. A fim de fundamentar seu posicionamento, o ministro se debruçou sobre as peculiaridades inerentes às diferentes causas morte<sup>205</sup>.

Inicialmente, ao tratar sobre os casos de suicídio, consignou o relator que há duas situações a serem analisadas. A primeira delas é o dever de indenizar o suicídio de um detento que apresentava indícios perceptíveis de tendência autodestrutiva, hipótese em que a não vigilância do Estado - com o fim de evitar a autolesão - tem evidente relação causal com o resultado morte. De outro lado, muito mais tênue é o nexo de causalidade nas hipóteses em que o Estado deixa de evitar o suicídio de um detento que jamais apresentou sinais autodepreciativos. Em que pese o dever legal de preservar a integridade física e moral do preso permaneça, é de se considerar que uma “*angústia exacerbada e absolutamente imprevisível ao mais atento carcereiro, médico ou até aos mais próximos entes queridos do falecido*” pode se configurar como excludente de causalidade, afastando-se, assim, a responsabilização do Estado por ato que não poderia prever ou, tampouco, evitar<sup>206</sup>.

Na mesma linha, as mortes naturais somente poderiam gerar a responsabilização do Estado quando a necessidade de um determinado atendimento médico, devidamente atestada por profissional da área da saúde, fosse ignorada pela administração carcerária. Afinal, não se pode olvidar que o óbito, ou eventuais complicações, seriam previsíveis nesse exemplo, de modo que a inobservância das medidas necessárias a fim de evitar os aludidos danos implica na responsabilização do Estado, uma vez que presente o nexo de causalidade entre sua omissão específica e o resultado danoso que tinha o dever de evitar. Todavia, nos casos em que determinado preso seja acometido de mal súbito ou moléstia até então desconhecida, “*que se manifesta de forma abrupta e fatal*”, e que se efetivaria ainda que em liberdade aquele estivesse, revela-se possível o afastamento do nexo causal, culminando na inexigibilidade da responsabilização do Estado pela morte do detento<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. p. 28-29.

<sup>206</sup> Ibidem. p. 29.

<sup>207</sup> Ibidem. p. 29.

Houve ressalva mesmo aos casos de mortes acidentais e por homicídio<sup>208</sup>. Naquelas, como expôs o relator, é de se considerar que podem existir situações em que, mesmo diante da adoção das medidas de segurança básicas, o acidente se verifique, e, por imprevisível que seja ou em decorrência de sua força maior, não seja o Estado capaz de “*assegurar eficientemente a incolumidade física do detento*”. Não há, nessa hipótese, configuração do nexo causal e, por consequência, tampouco há responsabilização estatal. Já nos casos de homicídios, expõe o relator, a possibilidade de haver situações em que a responsabilidade do Estado seja afastada em virtude de situação peculiar. Como exemplo, o Ministro aponta o caso de homicídio executado sob a legítima defesa, veja-se:

Nessa situação, é o falecido quem age de forma contrária à lei, atentando contra a vida de outro preso, que reage licitamente, matando-o. Ora, se o ato praticado pelo homicida é lícito (artigos 23, inciso II, do Código Penal, e 188, inciso I, do Código Civil) e visa a afastar injusta agressão imputável exclusivamente ao falecido, não há como se sustentar que de tal situação exsurja qualquer dever de reparação pelo Estado.

Diante das considerações apresentadas, tem-se que há, em verdade, situações nas quais o Estado não tem o condão de evitar a morte dos detentos entregues a sua custódia. Nesses casos, tem a Administração Pública o ônus de provar a ocorrência de causas excludentes do nexo de causalidade entre o dano-morte e a omissão estatal no dever de proteção à integridade física dos detentos. Assim, afastar-se-á a responsabilização estatal, ante a ausência de amparo legal para sua incidência. Todavia, quando presente o nexo de causalidade entre sua atuação e o dano-morte, necessária é a responsabilização objetiva do ente público. Nesse sentido, por unanimidade, os ministros do Supremo Tribunal Federal fixaram a seguinte tese resolutória da questão constitucional apresentada ao tribunal guardião da Constituição, em sede de repercussão geral: *em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento*<sup>209</sup>.

Assim, tendo-se por estabelecido o critério de responsabilização do Estado pelas mortes ocorridas dentro do sistema carcerário nacional; é de se partir ao estudo, a ser realizado no derradeiro tópico deste trabalho, sobre como o Estado deve indenizar as vítimas por ricochete dessas tragédias.

---

<sup>208</sup> RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. p 29-30.

<sup>209</sup> Ibidem. p. 30-31.

### 4.3 A INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS FAMILIARES DA VÍTIMA (VÍTIMAS POR RICOCHETE)

Fixado entendimento que findou a controvérsia acerca das características da responsabilização estatal em decorrência da morte de detentos, dentro de estabelecimentos carcerários, oportuna é a análise dos termos em que se procede a indenização ao respectivo dano. Importante consignar que, em se tratando de dano-morte, há duas formas características de se auferir responsabilização. A primeira delas, conforme exposto na obra de Cahali<sup>210</sup>, é a devida aos familiares da vítima em virtude da perda material a que são submetidos em função do dano-morte, a qual se viabiliza por meio do art. 948 do Código Civil<sup>211</sup>. De outro lado, há que se considerar a existência de ação de caráter pessoal, por meio da qual se busca a compensação<sup>212</sup> por dano próprio experimentado em virtude da morte do *de cujus*.

#### 4.3.1 Indenização decorrente dos prejuízos patrimoniais

Os prejuízos de ordem patrimonial suportados pelos familiares da vítima do dano-morte, quando este for resultado de infortúnio verificado no sistema penitenciário nacional, devem ser ressarcidos pelo Estado, desde que reste evidenciado que esse detinha o efetivo poder e o dever legal de agir a fim de evitá-lo (conforme observado no ponto 4.2 deste capítulo). Desse modo, observar-se-ão, na sequência, as parcelas indenizatórias cabíveis.

Oportuno, nesse momento, estabelecer a distinção entre danos de natureza emergente e lucros cessantes, os primeiros, como expôs Sanseverino<sup>213</sup>, são “*os prejuízos decorrentes do desfalque imediato sofrido pelo lesado*”, englobando-se aí as despesas enunciadas no inciso I do art. 948 do Código Civil. De outro lado, os lucros cessantes se configuram como tudo

<sup>210</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 115-116.

<sup>211</sup> Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

<sup>212</sup> A utilização do termo compensação tem fundamento na obra de Maria Celina Bodin de Moraes, intitulada “Danos à pessoa humana”, uma vez que, nas palavras da autora, “Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; ‘indenizar’ é palavra que provém do latim, ‘in dene’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial”. Nesse sentido, consultar: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 145.

<sup>213</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 183.

aquilo que deixa de entrar no patrimônio do lesado em virtude do evento-dano. Na ótica do dano-morte, então, os lucros cessantes seriam os alimentos que deixam de ser entregues, pelo *de cujus*, a quem este os devia (art. 948, II, CC).

Destacam-se como danos emergentes, inicialmente, “*os gastos efetuados pela família da vítima com o seu tratamento, incluindo as despesas médicas, hospitalares, com medicamentos e de transporte*”<sup>214</sup>. Sobrevindo a morte do detento, devem ser ressarcidos os gastos suportados em virtude do funeral da vítima, devendo ser observados, para tanto, “*os costumes locais e religiosos*” além das “*condições socioeconômicas do falecido e de sua família, na hipótese de morte natural, para se evitar a ocorrência de excessos no exercício de seu direito*”<sup>215</sup>.

No que tange aos gastos decorrentes do luto de família, é de considerá-los como parcela híbrida uma vez que se caracterizam tanto na qualidade de danos emergentes quanto de lucros cessantes. Isso porque, como sinalizou Sanseverino<sup>216</sup>, “*tem sido reconhecido como prejuízo patrimonial, comportando a indenização correspondente a todas as perdas patrimoniais sofridas pela família da vítima no período que sucede ao óbito*”. Englobando-se nele, portanto, desde a despesa com aquisição de roupas fúnebres quanto àquilo que se deixa de auferir – parcelas remuneratórias, por exemplo – no período de nojo.

Plenamente inseridos na caracterização de lucros cessantes, há que se falar acerca dos alimentos devidos àqueles a quem incumbia ao morto prestar, englobando-se aí o cônjuge, companheiro, ascendentes, descendentes e irmãos. Tratam-se, esses indivíduos, das chamadas vítimas por ricochete, isto é, aquelas que sofrem dano por extensão, que acabam atingidas em sua esfera pessoal em virtude do infortúnio que resultou na morte de ente familiar. De acordo com o entendimento doutrinário ora colacionado, para que possam auferir a pensão mensal indenizatória, é preciso que os credores dos alimentos demonstrem que, à época do falecimento, efetivamente dependiam financeiramente do *de cujus*<sup>217</sup>.

Há que se considerar, todavia, que há entendimento jurisprudencial a flexibilizar a necessidade de comprovação da dependência financeira em alguns casos. É o que se retira de

<sup>214</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral* – indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 207.

<sup>215</sup> Ibidem. p. 210.

<sup>216</sup> Ibidem. p. 211.

<sup>217</sup> Ibidem. p. 215-216.

acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, sob a relatoria do Desembargador Ricardo Roesler<sup>218</sup>, decidiu acerca do tema. Destaca-se:

[...] a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que é presumida a dependência dos genitores de filho falecido, quando se tratar de família de baixa renda, hipótese em que a manutenção desta decorre do esforço conjunto de todos seus integrantes. A esse respeito: REsp n. 1.346.320/SP, rel Min. Marco Aurélio Belizze, j. em 16/08/2016; AgInt no REsp n. 1.287.225/SC, rel. Min Marco Buzzi, j. em 16/03/2017; e AgRg no REsp n. 1.325.255/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 11/07/2013.

Além dos já citados requisitos indispensáveis para fixação da pensão, há que se considerar as discussões acerca dos termos inicial e final da parcela mensal. Quanto ao primeiro, sem grandes dificuldades, tem-se por certa a fixação como a data do óbito<sup>219</sup>; de outro lado, a fixação do termo final se dá pela conjugação de dois fatores: “a expectativa de vida da vítima e a manutenção da situação de dependência dos pensionistas”<sup>220</sup>.

Sanseverino alerta para o fato de que, tradicionalmente, a jurisprudência apontava como expectativa de vida idades como 65 ou 70 anos. Todavia, a utilização padrão, na concepção do autor, tem perdido espaço nos últimos anos, em virtude da utilização de tabelas previdenciárias do INSS e por meio das estatísticas do IBGE, que deveriam ser analisadas para a fixação no caso concreto<sup>221</sup>. Quanto à dependência econômica dos pensionistas, em se tratando de descendentes, deve ser considerada até que esses atinjam a maioridade, ou, em se tratando de filho estudante universitário, até que complete 24 anos de idade<sup>222</sup>. Quanto ao pensionamento eventualmente devido aos genitores da vítima, ao companheiro(a) ou esposo(a), tem-se que o pagamento de alimentos se estenderia até a morte desses ou o atingimento da data marcada como expectativa de vida da vítima, independentemente de qual, aquele que surgir primeiro. Nesse sentido, destaca-se trecho do julgado acima colacionado<sup>223</sup>:

Devido, pois, o pensionamento, resta verificar como este deve ser pago. A esse respeito, sem embargo o entendimento de que, ausente prova do valor exato percebido ao tempo dos fatos, deve atentar ao salário mínimo. Ademais, considera-se que este montante deve corresponder a 2/3 do salário

<sup>218</sup> TJSC, Apelação Cível n. 0307418-13.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 29-08-2017. p. 7-8.

<sup>219</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral* – indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 217.

<sup>220</sup> Ibidem. p. 222.

<sup>221</sup> Ibidem. p. 219-220.

<sup>222</sup> Ibidem. p. 221.

<sup>223</sup> TJSC, Apelação Cível n. 0307418-13.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 29-08-2017. p. 8.

mínimo até a vítima (sic) a data em que a vítima completasse 25 anos de idade, a partir de quando reduz-se a 1/3, com termo final a data do aniversário em que atingiria a expectativa de vida do brasileiro, estipulado pelo IBGE, que ao tempo era, nos termos do pedido, 73 anos, ou o falecimento do beneficiário.

Por fim, no que toca ao cálculo da pensão, destaca Sanseverino que esse tem sido efetuado com base na “*remuneração recebida pelo falecido na época do evento danoso, descontando-se os seus gastos pessoais, tradicionalmente estimados em um terço da sua renda pessoal*”<sup>224</sup>. Todavia, considerando-se as peculiaridades da situação de encarceramento, por meio das quais se dificultam, muitas vezes, a definição de um valor certo aos rendimentos auferidos pela vítima do dano-morte, à época do infortúnio, comumente se vê que o cálculo é formulado com base no salário mínimo. É o que se verifica da jurisprudência catarinense já destacada<sup>225</sup>.

#### **4.3.2 Compensação decorrente dos prejuízos extrapatrimoniais (dano moral)**

No que tange ao dano moral, não se pode olvidar “*que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção*”. Desse modo, não se tem aqui a pretensão de ressarcir o prejuízo decorrente do morte de um familiar, conforme digressões travadas no subitem anterior (4.3.1 deste capítulo), mas, sim, objetiva-se compensar, de modo lenitivo, a dor e o sofrimento experimentos pelos entes próximos à vítima do dano-morte, conforme o ensinamento de Cahali<sup>226</sup>.

Em que pese a configuração do dano moral por morte de ente querido fuja um pouco das teorias apresentadas no ponto 2.3.3 deste trabalho, as quais determinam que o nexos causal entre determinado fato e o resultado danoso dele decorrente deve se dar de forma direta (dano direto e imediato) e/ou adequada (causalidade adequada), deve-se acolher, aqui, que também os danos derivados ou reflexos são aptos a ensejar responsabilização. Isso porque, os titulares

<sup>224</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral* – indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 224.

<sup>225</sup> TJSC, Apelação Cível n. 0307418-13.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 29-08-2017. p. 8.

<sup>226</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 114-115.

desses danos - de ordem moral – sofrem, por consequência do resultado-dano, efeitos próprios em sua esfera particular<sup>227</sup>.

Nesse contexto, tem-se por pacificado em nossa doutrina e tribunais pátrios, a possibilidade de cumulação entre as parcelas indenizatórias decorrentes de danos de caráter patrimonial e a que busca a compensação dos danos morais experimentados pelos entes familiares dos detentos mortos no sistema penitenciário nacional. É o que se retira de passagem da obra de Cahali<sup>228</sup>, bem como da súmula 37 do STJ<sup>229</sup>, destacada pelo aludido autor.

Viu-se neste capítulo, portanto, que o Estado detém o dever legal de zelar pela integridade física e moral dos detentos entregues à sua custódia (item 4.1); de modo que as mortes de detentos ocorridas dentro do sistema carcerário nacional demandam a responsabilização objetiva da Administração Pública nas hipóteses em que essa tinha o dever e o efetivo poder de evitá-las (item 4.2). Por fim, analisou-se que as parcelas indenizatórias auferíveis em razão do dano morte compreendem a reparação pelos prejuízos materiais, bem como compensação a ser viabilizada em função do dano moral sofrido pelas vítimas por ricochete do evento danoso (item 4.3).

---

<sup>227</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 116.

<sup>228</sup> Ibidem. p. 163.

<sup>229</sup> Súmula 37, STJ – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf)>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa objetivou a verificação de qual é a disciplina jurídica da responsabilidade do Estado pelas mortes de detentos ocorridas no sistema carcerário brasileiro.

A fim de se obter a resposta, buscou-se analisar as raízes do instituto da responsabilidade civil, seu conceito atual e pressupostos básicos de incidência, em termos gerais, para, então, percorrer o caminho desenvolvido pelo instituto no âmbito do Direito Público (Capítulo 1). Na sequência, debruçou-se, esta pesquisa, sobre as peculiaridades da responsabilidade civil do Estado, na qualidade de ente jurídico-político que é, bem como acerca das formas pelas quais o exercício da Administração Pública pode resultar em danos aos particulares, de modo a ensejar a respectiva responsabilização (Capítulo 2). Por fim, tendo em vista a realidade precária do sistema carcerário nacional, cenário de recorrentes violações aos direitos mais básicos dos apenados, perquiriu-se sobre como o Estado deve ser chamado a indenizar as mortes de detentos que se encontrarem sob sua custódia (Capítulo 3).

No primeiro capítulo, viu-se que a responsabilidade civil é instituto que tem, desde seu esboço inicial, o escopo de buscar o reequilíbrio de uma relação comprometida pela causação de dano de um indivíduo a outro. Com os avanços da vida em sociedade, pouco a pouco, a ideia de reparação foi tomando forma e atingindo seu conceito e pressupostos de incidência atuais. Desse modo, verificou-se, como regra geral, que hoje o dever de indenizar surge de ação ou omissão - culposa - ensejadora de lesão a bem jurídico protegido, da ocorrência de efetivo dano ao indivíduo e da presença de nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo elementos.

Observou-se, ainda, que, em que pese a culpa do agente causador de dano (art. 186, CC) permaneça como requisito para obrigação de reparar (art. 927) - no âmbito do Direito Civil -, consolidou-se, a partir do Código Civil de 2002, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, a qual prescinde da análise de culpa do agente, nas situações em que a natureza da atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar em riscos aos direitos de outrem, para além dos casos expressamente definidos em lei, nos termos do parágrafo único do art. 927 do CC.

Verificou-se, ademais, a necessidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil aos danos (não raros) oriundos das atividades estatais, posto que sua incidência é de trato



fundamental na busca por equilíbrio também na seara do Direito Público. Nesse cenário, constatou-se que o instituto passou por diversas fases características até atingir a plena aplicação no âmbito do Direito Administrativo. Dentre as quais, citam-se: a irresponsabilidade do Estado, embora essa não tenha vigorado em território nacional; a responsabilização de ordem subjetiva, inicialmente inquinada na culpa do agente estatal e, mais tarde, na culpa anônima em virtude de falha ou falta do serviço; mais recentemente ainda, é possível destacar que a discussão tomou os contornos delineados sob a teoria do risco, a qual se dividiu, doutrinariamente, em risco integral e risco administrativo, este, notadamente o mais difundido desde a Constituição Federal de 1946.

Oportunizou-se, por meio do Capítulo 2, e a partir das digressões fundamentadas no Estado de direito (atual Estado democrático de direito), constatar que o Estado tem por prerrogativa a busca pela efetivação do interesse público, bem como a criação de direitos e deveres aos administrados, a fim de regular e tornar possível a vida em comunidade. Nesse cenário, ao mesmo passo em que cria regras, o Estado também se submete à sua observância, devendo responder, portanto, pelas violações que ele próprio causar aos demais indivíduos do corpo social.

Ademais, tendo-se em vista as peculiaridades das ações estatais, que se se projetam intensamente sobre os mais diversos campos da vida dos indivíduos de nossa sociedade, bem como que, justamente em virtude dessa atuação proeminente, têm os administrados grandes dificuldades de se esquivarem ou mesmo se defenderem das possíveis lesões estatais; verificou-se que a teoria do risco administrativo, que impõe a responsabilização objetiva da Administração Pública – a qual prescinde da comprovação da culpa do Estado, pelos danos por ela causados, para que o ente seja responsabilizado – é a que melhor responde aos desígnios de nossa sociedade. A aludida teoria foi adotada por nosso ordenamento desde a Constituição Federal de 1946 e restou concretizada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, admitiu-se a responsabilização objetiva do Estado pelos danos por ele provocados em virtude de condutas comissivas, lícitas e ilícitas, porquanto essa decorre do próprio regime jurídico administrativo no qual estamos inseridos. Concluiu-se, nessa toada, que a responsabilização do Estado pelas lesões experimentadas pelos particulares, em decorrência do exercício das funções estatais, só deve ser rechaçada quando a Administração Pública demonstrar o afastamento do nexo de causalidade entre a sua atuação e o resultado danoso.

Todavia, verificou-se, ainda no Capítulo 2, a relutância em se admitir a responsabilização objetiva pelos danos decorrentes de condutas omissivas do Estado. Foram analisados posicionamentos distintos acerca da temática, parte deles defendendo uma responsabilização de ordem subjetiva, a qual impõe a demonstração da culpa do ente estatal - seja por meio de negligência, imprudência ou imperícia, ou de efetivo dolo por parte desse - para que o indivíduo fizesse jus à respectiva indenização. De outro lado, verificaram-se entendimentos no sentido de ser dispensável a comprovação de culpa do ente estatal, quando sua omissão, nas hipóteses em que deveria agir, resultar em danos aos administrados.

Apresentou-se, a discussão acima, como a razão de ser das análises abordadas no derradeiro capítulo desta pesquisa. De início, destacou-se que, com vistas à manutenção da ordem social, o Estado exerce seu direito de punir sobre os infratores do sistema penal, retirando-os, quando necessário, do convívio social para depositá-los no sistema carcerário. Ao mesmo passo, então, em que exerce seu poder sancionador, tem o Estado o dever de zelar pela integridade física e moral dos apenados entregues a sua custódia (art. 5º, XLIX) - entre outros mais - de modo que eventuais danos, verificados por meio do exercício de sua função sancionatória, demandam uma resposta habilitada da Administração Pública.

A problemática revelou-se, todavia, na constatação de que nem sempre os danos verificados na esfera juridicamente protegida dos administrados (neste recorte, dos encarcerados) decorrem de uma atuação positiva do Estado. Desse modo, em meio às não raras mortes resultantes de um sistema carcerário comprometido, surgiu a necessidade de se perquirir sobre como o Estado deve responder por elas. De fato, sob uma análise jurisprudencial, foi possível destacar decisões divergentes acerca do teor que assumia a responsabilização do Estado pelas mortes de presos nas penitenciárias nacionais; verificou-se que parte delas ainda demandava a comprovação de culpa do ente estatal na ocorrência do resultado danoso para que fosse, então, responsabilizado; enquanto outras vinham se posicionando pela responsabilização objetiva do ente em virtude de omissão específica em seu dever de guarda que acabava resultando nos aludidos danos.

Nesse cenário, observou-se que à discussão tomou o âmbito do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário afeto à repercussão geral (Tema 592), por meio do qual se definiu que o Estado é objetivamente responsável pelas mortes ocorridas no sistema carcerário nacional quando essas decorrerem da inobservância do dever específico de proteção à integridade física e moral dos detentos (art. 5º, XLIX, CF) - nas hipóteses em que detivesse o Estado o efetivo poder de evitar o dano-morte.

Consignou-se, portanto, ao final do Capítulo 3, que, presente o dever de indenizar, surge para o Estado uma série de parcelas indenizatórias a serem adimplidas. Inicialmente, a teor do art. 948 do CC, devem ser reparados os danos emergentes e lucros cessantes decorrentes do dano-morte. Parcela essa que não ilide a necessidade de compensar os danos de ordem moral experimentos pelas vítimas por ricochete do infortúnio que tinha o Estado o dever legal e o poder estrutural de evitar.

De todo exposto, conclui-se que houve resposta ao problema desta pesquisa, qual seja, o de identificar qual a disciplina jurídica da responsabilidade civil do Estado pela morte de detentos no sistema carcerário nacional. De igual forma, verifica-se que a hipótese básica desta monografia foi corroborada, uma vez que a falha no dever jurídico de proteção aos detentos entregues à custódia do Estado implica em responsabilidade objetiva da Administração Pública, conforme entendimento fixado pelo STF no RE n. 841.526, analisado em sede de repercussão geral.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATTA, Stéffane Fontinelle Takis. *Responsabilidade civil do Estado pela tutela do preso*. Brasília: IDP/EDB, 2016. 72f. Monografia (Especialização)-Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2161>>. Acesso em: 31 de outubro de 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BENCKE, Carlos Alberto. “*Responsabilidade objetiva do Estado pela integridade física e moral do preso*”. Revista da AJURIS – n. 83 – Setembro/2001. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/2eaf7/2eb56/2ed45?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 01 de novembro de 2017.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. Bahia: Editora Jus Podium, 2015.

BRASIL. Atos Internacionais. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Decreto nº 592, 6 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2017.

BRASIL. *Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 09 de agosto de 2017.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor de 1990. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 de setembro de 2017.

BRASIL. *Constituição Federal dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

BRASIL. *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2017.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Súmulas. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf)>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. AI 512698 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 24-02-2006 PP-00036 EMENT VOL-02222-07 PP-01350.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. AI 603865 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-15 PP-03016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Informativos. Informativo do STF (n. 798) das sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, dos dias 7 a 11 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 31 de outubro de 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 81602, Relator(a): Min. BILAC PINTO, Primeira Turma, julgado em 05/12/1975, DJ 07-05-1976 PP-03123 EMENT VOL-01021-02 PP-00336 RTJ VOL-00077-02 PP-00601.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 272839, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-00038 EMENT VOL-02186-03 PP-00417 RTJ VOL-00194-01 PP-00337 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 236-257 RT v. 94, n. 837, 2005, 129-138.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 382054, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 01-10-2004 PP-00037 EMENT VOL-02166-02 PP-00330 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 157-164 RJADCOAS v. 62, 2005, p. 38-44 RTJ VOL 00192-01 PP-00356.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 466322 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 13/03/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02273-06 PP-01188.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 481110 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 09-03-2007 PP-00050 EMENT VOL-02267-04 PP-00625 RCJ v. 21, n. 134, 2007.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 571969, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM. *Elementos de direito administrativo*. 4. ed. Florianópolis: Revista, Ampliada e Atualizada. [mimeo]. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)*. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)>. Acesso em: 06 de dezembro de 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. "A responsabilidade civil do Estado por uma conduta omissiva". Revista CEJ7.23 (2003): 45-59.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (coordenadores). *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. "A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito". *Revista de Direito Administrativo* 205 (1996): 117-124.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARMELSTEIN, George Lima. *O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 01 de novembro de 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, volume 7: responsabilidade civil. / 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense 1998.

PINTO, Izabella Maria Medeiros e Araújo. "O ato ilícito como pressuposto da responsabilidade civil do Estado". *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 3 (2012): 49-75.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação Cível n. 2007.004643-0, de Itajaí, rel. Des. Ricardo Roesler, Segunda Câmara de Direito Público, j. 26-02-2008.

SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação Cível n. 2008.016532-4, de São José, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara de Direito Público, j. 03-11-2011.

SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação Cível n. 2008.031872-9, de Lages, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, Quarta Câmara de Direito Público, j. 31-05-2012.

SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação Cível n. 2009.002710-6, de Camboriú, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19-10-2010.

SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação Cível n. 0307418-13.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 29-08-2017.

SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Embargos Infringentes n. 2004.007690-8, de Itajaí, rel. Des. Luiz César Medeiros, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 11-05-2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal*, in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4. Edição.





**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Gabriela Paludo Cantú

RG: 5.056.579

CPF: 075.752.049-97

Matrícula: 13103634

Título do TCC: A responsabilidade civil do Estado pela morte de detentos no sistema carcerário brasileiro

Orientador(a): José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, **Gabriela Paludo Cantú**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 28 de novembro de 2017.

Assinatura manuscrita de Gabriela Paludo Cantú.

---

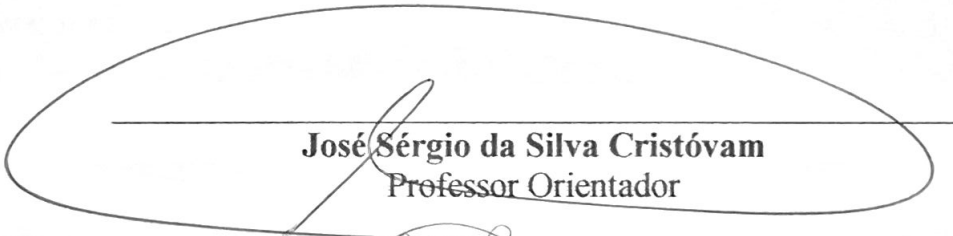
**Gabriela Paludo Cantú**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

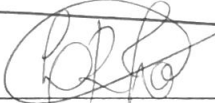
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A responsabilidade civil do Estado pela morte de detentos no sistema carcerário brasileiro**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Gabriela Paludo Cantú**”, defendido em **28/11/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,50 (nota final 4), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.


Florianópolis, 28 de Novembro de 2017.



\_\_\_\_\_  
**José Sérgio da Silva Cristóvam**  
Professor Orientador



\_\_\_\_\_  
**Luana Renostro Heinen**  
Membro de Banca



\_\_\_\_\_  
**Bernardo Wildi Lins**  
Membro de Banca